Das Berufsgeheimnis des Arztes und Apothekers nach der Reichsärzte- und Apothekerordnung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Christian Müller-Welt
Gerichtsreferendar aus Frankfurt a. M.

Approbation: 16. März 1938.

Buchdruckerei M. Krahl, Erlangen-Bruck
1938

1938/103

Dekan und Referent: Professor Dr. jur. August Köhler

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meiner lieben Mutter!

Inhaltsverzeichnis.

	Seite
Einleitung	1
I. Geschichtlicher Ueberblick	1
II. Allgemeines	3
III. Zweck der Schweigepflicht	4
Kreis der schweigepflichtigen Personen	6
Gegenstand des Geheimnisschutzes	18
Offenbaren	34
Die Befugnis zur Offenbarung	37
Berufsgeheimnis und Zeugnispflicht	43
Der Strafantrag	57

Schrifttum.

Chorus: Das Berufsgeheimnis des Arztes. Diss. Leipzig, 1917

Ebermayer: Der Arzt im Recht, 1930.

Entwurf eines Einführungsgesetzes zum allgemeinen deutschen Strafgesetzbuch und zum Strafvollzugsgesetz vom 30. Mai 1930.

Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches vom 19. Mai 1927.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Komm., 18. Aufl., 1931.

Flügge: Das Recht des Arztes, Berlin und Wien 1903.

Gaupp-Stein-Jonas: Kommentar zur ZPO. 15. Aufl., 1936.

Gürtner: Das kommende deutsche Strafrecht, Bes. Teil, 1. und 2. Lesung, 1934 und 1936.

Hellwig: Deutsche Justiz, 1936, S. 370.

— Deutsche med. Wochenschr. 1936, S. 153.

Hinterthuer: Deutsche Justiz, 1934, S. 827 ff.

Kallfelz: JW. 1936, S. 1343.

Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Aufl.

Löwe-Rosenberg: Strafprozeßordnung nebst Gerichtsverfassungsgesetz. Komm. 19. Aufl.

Messner: Deutsches Aerzteblatt 1937, S. 1075 ff.

Mittermaier: Monatsschrift für Kriminalpsychol. und Strafrechtsreform 1936, S. 153 ff.

Mezger: in Zeitschr. für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Z. StW.) Bd. 55, S. 1 ff.

Neukamp: Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform, 1937, S. 77 ff.

Olshausen: Komm. zum Strafges.Buch, 11. Aufl.

Placzek: Das Berufsgeheimnis des Arztes, 3. Aufl., Leipzig 1909.

Rinke: Med. Klinik. 1935, S. 401.

Sauter: Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz in Lilienthals strafr. Abhandlungen. Heft 123, Breslau 1910.

Schäfer: Deutsche Justiz, 1936, S. 375.

— Deutsches Strafrecht, 1937, S. 198.

Schläger: Med. Klinik, 1936, S. 1486.

— Zschr. f. ärztliche Fortbildung, 1936 S. 267.

Seréxhe: Die Verletzung fremder Geheimnisse, Karlsruhe 1906.

Seuffert's Archiv.
Sommer: Med. Welt, 1937, S. 943.
Spohr: Aerztliche Sachverständigenzeitung, 1937, S. 315.
Steinwaller: Deutsche Apothekerzeitung, 1937, S. 638.
Baumbach: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 13. Aufl.
Schwarz: Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1936.

Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen und Zivilsachen.
Goltdammer's Archiv.
Völkischer Beobachter.
Deutsches Aerzteblatt.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533902_0061

Einleitung.

I. Geschichtlicher Ueberblick.

Spuren der moralischen ärztlichen Schweigepflicht finden sich bereits im grauen Altertum bei den Indern der brahmanischen Periode. Als dort eine besondere Aerztekaste im Entstehen begriffen war, zeigten sich gleichzeitig die ersten Ansätze zu einer eigenen ärztlichen Standesethik, die den Jüngern der Heilkunde die Wahrung des Berufsgeheimnisses zur obersten Pflicht machte: „ . . Die Vorgänge im Hause des Kranken dürfen nicht ausgeplaudert, auch darf von einem dem Kranken etwa drohenden frühen Ende nichts mitgeteilt werden, wo es dem Kranken oder sonst jemanden Nachteil bringen kann[1])".

Geradezu vorbildlich bringt die berühmte Eidesformel des größten Heilkünstlers des Altertums, Hippokrates, die Schweigepflicht des Arztes zum Ausdruck: „Was ich bei der ärztlichen Behandlung sehe und höre oder auch außerhalb derselben im gewöhnlichen Leben (über die Krankheit) erfahre, will ich als Geheimnis ansehen und verschweigen, wenn es nicht in die Oeffentlichkeit gebracht werden muß" [2]).

In beiden Fällen war es aber bloße Standespflicht, noch nicht Rechtspflicht, das Berufsgeheimnis zu wahren. Erst in der Neuzeit lieh die Rechtsordnung dieser Berufspflicht ihren Schutz. Der Polizeistaat hatte den hohen Wert der Volksgesundheit für den Wohlstand und insbesondere für die Wehrkraft des Landes erkannt. Er bezog deshalb auf Grund des jus politiae das Gesundheits-

1) Sauter, S. 1.
2) Sauter, S. 2.

wesen in den Kreis seiner Aufgaben und regelte es durch sog. Medizinalordnungen oder Edikte. Diese enthalten die Wurzeln unseres geltenden Berufsgeheimnisschutzes. So finden wir erstmals in dem preußischen Medizinaledikt vom 27. September 1725 das Gebot für die „medici", „die ihnen entdeckten heimlichen Mängel und Gebrechen Niemandem zu offenbaren". Aus dieser Bestimmung hat sich der strafrechtliche Schutz des Berufsgeheimnisses bis zum geltenden Recht entwickelt.

1. Zunächst erweiterte sich der Kreis der schweigepflichtigen Personen auf sonstige Diener der Heilkunde. So dehnt das ALR.[1]) die Schweigepflicht auch auf Wundärzte und Hebammen aus. Neben diesen begegnen uns in einer Lippe'schen Medizinalordnung von 1789 erstmals auch die „Apotheker und ihre Gehilfen, die Provisoren und Lehrlinge"[2]). Unter dem Einfluß des Code pénal von 1813 erfaßte schließlich § 155 des Preuß. Strafgesetzbuches von 1851 die Personen der Rechtspflege und damit all jene, die im § 300 StGB. aufgeführt sind, ohne sie in seiner allgemeinen Fassung einzeln aufzuzählen.

Auch der Gegenstand der Strafbestimmung wurde erst nach und nach ausgebildet. Das preuß. Medizinaledikt von 1725 nennt „heimliche Mängel und Gebrechen". Das ALR. spricht von „bekanntgewordenen Gebrechen und Familiengeheimnissen". Erst das preuß. Strafgesetzbuch von 1851 verwendet den umfassenderen Ausdruck „Privatgeheimnis", der dann in § 300 StGB. übergegangen ist.

Ebenso sah man anfangs den Rechtsgrund der Bestrafung nicht in einer Mißachtung der fremden Persönlichkeit[3]), sondern im ALR. in der Verletzung einer öffentlichen Pflicht. „Den Medizinalpersonen wurde eine dem Beamten ähnliche Eigenschaft beigelegt"[4]).

Nicht ohne Bedeutung ist endlich, daß der Bruch der Schweigepflicht zunächst Amtsverbrechen war und blieb,

1) Teil II, Tit. 20, § 505.
2) Sauter, S. 21.
3) Wie die h. L. annimmt.
4) Sauter, S. 22.

bis § 296 des StGB. für den Norddeutschen Bund das Antragserfordernis hinzufügte, das bis heute beibehalten worden ist.

2. Die Entwicklung ist bei § 300 StGB. nicht stehen geblieben. Im Zuge der Bestrebungen um Erneuerung des gesamten Strafrechts hat es auch an Vorschlägen nicht gefehlt den § 300 StGB. neu zu fassen. Insbesondere von der Aerzteschaft wurde es als Mangel empfunden, daß das Gesetz durch das Wort „unbefugt" zwar ausnahmsweise eine Offenbarung des Geheimnisses zulasse, diese Redebefugnis aber nicht klar genug gefaßt habe. Von Bedeutung ist von diesen Vorschlägen vor allem § 325 des Entwurfs eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches von 1927. Dieser gab das Vorbild ab für den Entwurf des kommenden deutschen Strafrechts von 1934, dem der § 13 Reichsärzteordnung (RAeO.)[1]) und mittelbar auch § 24 der Reichsapothekerordnung (RApO.)[2]) entnommen ist.

II. Allgemeines.

1. „Der Arzt ist zum Dienst an der Gesundheit des einzelnen Menschen und des gesamten Volkes berufen und mit ihm ist die deutsche Aerzteschaft berufen zum Wohle von Volk und Reich für die Erhaltung und Hebung der Gesundheit, des Erbgutes und der Rasse des deutschen Volkes zu wirken. Der Arzt erfüllt eine durch die Reichsärzteordnung geregelte öffentliche Aufgabe".

Mit diesen knappen Worten faßt der Eingang der Berufsordnung für die deutschen Aerzte (BODAe.)[3]) vom 5. Nov. 1937 die beiden Bestimmungen der RAeO. (§§ 1, 19) zusammen, die den deutschen Arzt zum getreuen Ekkehardt der Volksgesundheit berufen. Endlich hat er „den seinen Aufgaben und seiner Berufung fremden Rechtsboden der Reichsgewerbeordnung verlassen und eine neue sittliche und organisatorische Grundlage für

1) Vom 13. Dezember 1935, RGBl. I, S. 1433.
2) Vom 18. April 1937, RGBl. I, S. 457.
3) Abgedruckt in „Deutsches Aerzteblatt" 1937, S. 1031.

sein Berufsleben und für die Erfüllung seiner Pflichten erhalten“ [1]).

Der lang gehegte Wunsch der deutschen Aerzteschaft nach einer einheitlichen Standesordnung ist damit in Erfüllung gegangen. Nunmehr bestimmt ausschließlich die Reichsärzteordnung als „Instrument nationalsozialistischer Gesundheitspolitik“ [2]) Aufgaben, Rechte und Pflichten des Arztes.

Deshalb tritt gemäß § 85 RAeO. auch § 300 StGB. insoweit außer Kraft, als er sich auf den ärztlichen Beruf im Sinne dieses Gesetzes bezieht. Damit bestimmt sich die Strafbarkeit einer Verletzung des ärztlichen Berufsgeheimnisses nicht mehr nach § 300 StGB., sondern nach § 13 RAeO.

2. Aehnlich wie der Arzt ist auch der Apotheker zum Dienst an der Gesundheit des Volkes berufen: „ihm liegt im besonderen die Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln ob. Hierdurch erfüllt er eine öffentliche Aufgabe“ [3]), die in der RApO. abschließend geregelt ist. Deshalb tritt § 300 StGB. auch insoweit außer Kraft, als er sich auf den Apothekerberuf im Sinne der RApO. bezieht (§ 27 RApO.). Für die Verletzung der Schweigepflicht kommt damit künftig ausschließlich § 24 RApO. in Betracht.

III. Zweck der Schweigepflicht.

Trotz Herausnahme der Schweigepflicht für Aerzte und Apotheker aus dem Strafgesetzbuch hat sich der Charakter der Geheimnisverletzung als Vergehen im Sinne des Strafgesetzbuches nicht geändert [4]). Für die Verfolgung dieses Vergehens gelten deshalb auch weiterhin die allgemeinen Grundsätze und Lehren des geltenden Strafrechts. Nur erübrigt sich jede weitere Erörterung bezüg-

1) Reichsärzteführer Wagner in „Deutsches Aerzteblatt“ 1935 S. 1235.

2) Min.Dir. Dr. Gütt und Reichsärzteführer Dr. Wagner im Völk. Beob. v. 15. Dez. 35 Nr. 349 S. 2.

3) § 1 RApO.

4) So auch Hellwig, D. Med. Wschr. 1936, S. 153.

lich der systematischen Stellung des § 300 StGB. Denn durch die Aufnahme der Schweigepflicht in die Berufs- und Standesordnung ist nun klar, daß sie eine besondere Berufs- und Standespflicht mit einem nur ihr eigenen Gehalt ist.

Arzt und Apotheker haben beide eine öffentliche Aufgabe zu erfüllen. Ihnen ist die Sorge für Erhaltung und Höherentwicklung des rassischen Bestandes des deutschen Volkes übertragen. Sie sind insbesondere berufen zur Verhütung und Heilung von leiblichen, sowie geistigen Schäden. Um diese verantwortungsvolle Aufgabe zu erfüllen, haben sie alles zu tun, was hierfür notwendig oder auch nur nützlich und förderlich sein kann. Das ist ihnen oftmals nur möglich, wenn sie durch andere, gleichviel, ob diesen der Dienst des Arztes — Apothekers im Einzelfalle zugute kommt oder nicht, vertrauensvoll unterstützt werden. Vor allem der Kranke selbst ist hiezu berufen. Er muß unbedingtes und rückhaltloses Vertrauen zum Arzt haben und ihm alles mitteilen und zugänglich machen, was irgendwie für seine Heilung bedeutsam sein könnte. Selbst Geheimnisse Dritter, insbesondere seiner Angehörigen und sonstiger Blutsverwandten, aber auch anderer Mitmenschen, darf er zu diesem Zwecke nicht schonen. Ebenso ist es Pflicht, jedes anderen Volksgenossen die Berufstätigkeit des Arztes in jeder Weise zu fördern. Um einen Kranken, verunglückten Mitmenschen zu retten oder ihm sonst zu helfen, muß auch er alles tun, was erforderlich ist, soweit es ihm nur zugemutet werden kann. Er soll insbesondere auch eigene Geheimnisse dem Arzt anvertrauen oder sonst zugänglich machen. Betriebs- und Amtsgeheimnisse können hiervon nicht ohne weiteres ausgenommen werden.

Dieses Helfen, Zusammengreifen, ja geradezu Opfern setzt aber eines voraus: daß nämlich der Schweigepflichtige alle jenen fremden Geheimnisse auf das strengste wahrt. Nur wenn jeder von vornherein sicher ist, der Arzt werde selbst über sein Grab hinaus solange unverbrüchlich schweigen, als nicht ganz besondere Umstände

die Offenbarung gebieten, wird er jenes Vertrauen zu jedem Arzt fassen und ihm seine Geheimnisse nicht vorenthalten, soweit sie der Heilung eines Menschen dienen können.

In der Erkenntnis dieser ungemein hohen Bedeutung der Schweigepflicht hat der nationalsozialistische Gesetzgeber das Strafmaß noch verschärft — ein Jahr Gefängnis —, den Kreis der schweigepflichtigen Personen ganz erheblich erweitert und auch sonst einer strengeren Beurteilung von Geheimnisbrüchen den Weg geebnet.

Kreis der schweigepflichtigen Personen.

I.

1. Die Pflicht, das ärztliche Berufsgeheimnis zu wahren, trifft nach der RAeO. zunächst den Arzt.

Im Sinne von § 300 StGB. waren nach herrschender Lehre „Aerzte" nur die Personen, die eine staatliche Approbation zur Ausübung der Heilkunde erlangt hatten [1]). Das Schweigegebot war damit gewissermaßen eine Ehrenpflicht der Aerzte. Dort galt: „Wer zum Kurpfuscher geht, mag sich von vornherein darüber klar sein, daß er mit Verschwiegenheit nicht zu rechnen hat" [2]). Diese zutreffende Auffassung gründete sich im wesentlichen auf die Erwägung, daß an einer sachgemäßen und zuverlässigen Heilbehandlung ein so hohes öffentliches Interesse besteht, daß der Staat die Grundlage für das hierfür unbedingt notwendige rückhaltlose Vertrauen, nämlich die gesetzliche Schweigepflicht nur für die Heilkundigen geschaffen hat, die er durch die Approbation dazu für fähig und würdig erachtet [3]). Angesichts der Freiheit der Heilbehandlung auf Grund der Gewerbeordnung war aber eine andere Ansicht keineswegs ausgeschlossen.

Die RAeO. jedoch läßt nur eine Auffassung zu. Der ärztliche Beruf ist nach ihr kein Gewerbe (§ 1 Abs. 2

1) Leipz. Komm. Anm. 2 zu § 300.
2) Ebermayer, S. 44.
3) Vgl. Sauter, S. 94ff.

RAeO.). Zu seiner Ausübung ist im Deutschen Reich nur befugt, wer von der zuständigen deutschen Behörde als Arzt bestallt ist. Allein die Bestallung berechtigt zur Ausübung der Heilkunde unter der Bezeichnung als Arzt (§ 2 RAeO.). Im Sinne von § 13 RAeO. ist demnach Arzt nur, wer gemäß § 2 RAeO. hierzu bestallt ist. Alle anderen Heilkundigen sind nicht „Aerzte", fallen deshalb als solche nicht unter § 13 RAeO. — Wegen der im Ausland approbierten Aerzte siehe unten. — Es genügt deshalb m. E. auch nicht, daß „der Täter als Arzt ausgebildet ist und gehandelt hat", wie Mittermaier[1]) meint. Wohl besagt § 83 RAeO., auf den er zur Begründung seiner Ansicht hinweist, daß die für die Aerzte geltenden Bestimmungen der RAeO. auch auf die „Personen, welche die ärztliche Prüfung bestanden haben, aber noch nicht als Arzt bestallt sind", „sinngemäße Anwendung" finden. Es entspricht aber gerade nicht dem Sinn des § 13 RAeO. die genannten Personen der Schweigepflicht als Aerzte zu unterwerfen. Sie sind mangels Bestallung zur selbständigen Ausübung des ärztlichen Berufes nicht befugt (§ 2 RAeO.). Zwar ist es ihnen nicht bei Strafe verboten, die Heilkunde auszuüben. Sie können sie sogar straflos — von einer Bestrafung durch die Berufsgerichte abgesehen (§ 83 Abs. 2 S. 2 RAeO.) — gewerbs- oder gewohnheitsmäßig ausüben (§ 9 RAeO.). Lediglich die Führung einer Bezeichnung, durch die der Anschein erweckt werden kann, sie seien zur Ausübung der Heilkunde unter der Bezeichnung als Arzt befugt, ist in § 16 RAeO. mit Strafe bedroht. Doch daraus kann nicht durch Gegenschluß gefolgert werden, sie seien zur Ausübung des ärztlichen Berufes befugt. Man kann überhaupt nicht sagen, eine dieser Personen handle „als Arzt". Der Gesetzgeber hat die Verleihung dieser Bezeichnung an die Erfüllung wesentlicher Voraussetzungen geknüpft. Nur wer den gestellten Anforderungen genügt, kann für würdig befunden werden, Hüter der Volksgesundheit zu sein. Mit der Bestallung übernimmt der Staat die Gewähr für

1) S. 153.

die Zuverlässigkeit und insbesondere Vertrauenswürdigkeit des zum Arzt ausgebildeten Heilkundigen. Erst auf Grund dieser obrigkeitlichen Anerkennung wird der Kranke das rückhaltlose Vertrauen zum Arzte fassen, das unerläßlich ist. Das ist ja der Zweck der Bestallung. Solange sie aber noch nicht verliehen ist, ist jenes unbegrenzte Vertrauen nicht gerechtfertigt. Es darf ihm deshalb auch nicht die stärkste Grundlage gewährt werden, nämlich die gesetzliche Schweigepflicht. Es ist demnach durchaus nicht zweckwidrig, sondern völlig sinngemäß, diese Leute nicht als „Aerzte" zu bestrafen. Nehmen sie an der berufsmäßigen Tätigkeit eines Arztes zu dessen Unterstützung teil, so sind sie deswegen keineswegs straflos, wenn sie fremde Geheimnisse im Sinne des § 13 RAeO. unbefugt offenbaren. Nur trifft sie die Strafe nicht als Aerzte, sondern als dessen Gehilfen nach § 13 Abs. 2 RAeO.

Zahnärzte und Tierärzte fallen unter § 13 RAeO. nur dann, wenn sie als Aerzte bestallt sind [1]). Im übrigen gilt für Zahnärzte nach allgemeiner Meinung § 300 StGB [2]) nicht aber für Tierärzte. Sie verpflichtet lediglich eine wesentlich schwächere Bestimmung der Reichstierärzteordnung (§ 13) [3]) zum Schweigen. Diese ist ihrer verhältnismäßig geringen Bedeutung wegen nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit. „Wundärzte" (§ 300 StGB., § 29 GO.) gehören der Geschichte an.

Die Schweigepflicht umfaßt auch den im Ausland approbierten Arzt, soweit ihm nach § 11 RAeO. die Ausübung des ärztlichen Berufes innerhalb des deutschen Reiches gestattet ist. Denn durch diese Zulassung wird er in Rechten und Pflichten dem gemäß § 2 RAeO. bestallten deutschen Arzt gleichgestellt (§ 11 Abs. 3 RAeO.) Abzulehnen ist die Ansicht Mittermaiers [4]), daß auch der

1) § 1 der I. VO. zur Durchf. u. Ergänz. d. RAeO. v. 31. März 36 RGBl. I, S. 338.

2) LK. Anm. 2 zu § 300, Mittermaier, S. 153.

3) Vom 3. April 1936, RGBl. I, 347.

4) S. 153.

nicht nach § 11 RAeO. zugelassene Arzt unter § 13 RAeO. falle; denn er ist nicht zur Ausübung des ärztlichen Berufes innerhalb des Deutschen Reiches befugt. Deshalb obliegen ihm auch nicht die Pflichten eines deutschen Arztes, insbesondere nicht die Schweigepflicht gem. § 13 RAeO. Mit vollem Recht behält sich der Staat vor, im Ausland approbierten Aerzten, die er also nicht selbst bestallt hat, die Gesundheit deutscher Volksgenossen anzuvertrauen. Was für den deutschen Arzt die Bestallung, ist für den im Ausland approbierten Arzt die Zulassung gemäß § 11 RAeO.

2. „Dem Arzt stehen seine berufsmäßig tätigen Gehilfen und die Personen gleich, die zur Vorbereitung auf den Beruf an der berufsmäßigen Tätigkeit teilnehmen." (§ 13 Abs. 2 S. 1 RAeO.).

a) Die h.L.[1]) nahm für § 300 an, daß auch der Gehilfe zur Verschwiegenheit verpflichtet sei, der nur gelegentlich den Arzt bei Ausübung seines Berufes unterstützt. Da jedoch „solche Personen, die nur in einem Einzelfalle einmal mit Hand anlegen, regelmäßig oder doch in den meisten Fällen nicht das Bewußtsein haben, zum Schweigen verpflichtet zu sein"[2]) hat die RAeO. vorgenannte Ansicht abgelehnt, den gelegentlichen Gehilfen ausgeschieden und nur den berufsmäßigen zum Schweigen verpflichtet. Auch der Entwurf des kommenden deutschen Strafrechts kommt über die gleiche Ueberlegung zum selben Ergebnis[3]).

Zu den berufsmäßig tätigen Gehilfen gehören zunächst die unmittelbar bei der Behandlung und Pflege tätigen Personen: Assistenten, Operations-, Röntgen- und sonstige Krankenschwestern, sowie Pfleger und Wärter in Krankenanstalten.

Außerdem sind hierher die Hilfskräfte des Arztes zu rechnen, die mit der Ausführung der schriftlichen Ar-

1) S. LK. Anm. 2, der selbst allerdings anderer Meinung ist a. M.: u. a. Ebermayer, S. 44, 47 f.

2) Schäfer, D. J. 1936, S. 375.

3) Gürtner, S. 440.

beiten des Arztes betraut sind, soweit sie bei der Ausführung dieser Verrichtungen berufsmäßig Einblick in die „Geheimnisse“ des Kranken erlangen[1]): etwa die Sprechstundenhilfe sowie die Privatsekretärin des Arztes.

Nicht schweigepflichtig sind die Dienstboten; denn es muß sich stets um eine Mitwirkung bei der ärztlichen Tätigkeit selbst handeln. Diese muß berufsmäßig geschehen: deshalb unterliegen Personen, die etwa bei einem Straßenverkehrsunfall dem herbeigerufenen Arzt behilflich sind, nicht der ärztlichen Schweigepflicht, wohl aber das Berufspersonal eines Rettungs- oder Krankenwagens[2]). Selbstverständlich unterliegen auch die Angehörigen des Arztes, insbesondere seine Ehefrau nicht der ärztlichen Schweigepflicht, wenn die obengenannten besonderen Voraussetzungen fehlen.

b) Neu ist die Ausdehnung der Schweigepflicht auch auf die, „die zur Vorbereitung auf den Beruf an der berufsmäßigen Tätigkeit teilnehmen“. Das sind vor allem die Medizinstudierenden. Zu beachten ist, daß die Wendung: „an der berufsmäßigen Tätigkeit teilnehmen“ nicht erfordert, daß der Student zur Hilfeleistung beigezogen ist. Denn in diesem Falle ist er Gehilfe und war schon unter § 300 StGB. strafbar[3]). Für das „Teilnehmen“ genügt vielmehr, daß dem Studenten auf Grund der beruflichen Tätigkeit des Arztes „Geheimnisse“ eines Kranken irgendwie bekannt werden, gleichviel auf welche Weise. Allerdings muß der Student „zur Vorbereitung auf den Beruf“ teilgenommen haben. Bei einem Medizinstudierenden wird das regelmäßig zutreffen, wenn er die Geheimnisse in Vorlesungen oder besonders bei der praktischen Ausbildung in der Klinik erfährt; dagegen werden Studenten anderer Fakultäten bei gleichen Gelegenheiten nicht als schweigepflichtig zu erachten sein. Denn sie nehmen nicht teil „zur Vorbereitung auf den Beruf“, weil unter „dem Beruf“ sinngemäß nur der Beruf der Heilkunde zu

1) So Kallfelz, S. 1344.
2) Neukamp, S. 78.
3) Frank, Anm. IV zu § 300; LK. Anm. 2.

verstehen ist. Deshalb fallen etwa Rechtsstudenten, die psychiatrischen oder kriminalpsychologischen Vorlesungen und Demonstrationen beiwohnen, nicht unter § 13 RAeO[1]). Die gegenteilige Ansicht Neukamps[2]) ist abzulehnen. Denn jenen Personen wird ebenso, wie den gelegentlichen Gehilfen regelmäßig das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fehlen. Macht es doch der Gesetzgeber dem Arzte zur Pflicht sogar seine berufsmäßigen Gehilfen und Schüler zur Verschwiegenheit anzuhalten[3]).

Mittermaier beantwortet die Frage, „ob auch Personen, die sich zum Heilgehilfen ausbilden wollen," unter § 13 Abs. II RAeO. fallen, mit einem Fragezeichen[4]). Der Wortlaut des Gesetzes steht nicht entgegen. Ein Grund sie auszunehmen, ist nicht ersichtlich. Ich möchte die aufgeworfene Frage deshalb bejahen[5]).

3. „Ebenso wird bestraft, wer nach dem Tode des zur Wahrung des fremden Geheimnisses nach Abs. 1 Verpflichteten das von dem Verstorbenen oder aus dessen Nachlaß erlangte Geheimnis unbefugt veröffentlicht". (§ 13 Abs. 2 S. 2 RAeO.).

Damit greift der Geheimnisschutz weit über den Kreis der Personen hinaus, die unmittelbar oder mittelbar bei der Ausübung des Heilberufes tätig werden. Es werden Menschen zur Geheimhaltung verpflichtet, die in keinerlei Beziehung zu dem Kranken stehen, die meist ungewollt, rein zufällig, in dessen Geheimnisse eindringen. Hier offenbart sich am klarsten der wahre Sinn und Zweck des ärztlichen Berufsgeheimnisses: Wer beim Arzt Hilfe und Heilung sucht, soll sich diesem rückhaltlos anvertrauen können, ohne befürchten zu müssen, daß je eine Tatsache, die geheim bleiben soll, ohne seinen Willen oder ohne Not anderen offenbar wird, auch nicht nach dem Tode des Arztes. Nimmt dieser das Geheimnis nicht mit

1) So auch Hellwig, D. Med. Wschr. 1936, S. 153.

2) S. 80.

3) § 2 Abs. 2 BODAe.

4) S. 153.

5) Ebenso Kallfelz, S. 1344, Spohr, S. 316, Messner, S. 1076.

ins Grab, dann sind die dessen Hüter, die es zu Lebzeiten von dem Verstorbenen oder aus dessen Nachlaß erlangt haben. Denn es „ist die Annahme gerechtfertigt daß Arzt und Patient auch für die Zeit nach dem Tode des Arztes die Geheimhaltung gewollt haben“ [1]). Aus diesem Grund hat das OLG. Posen bereits im Jahre 1919 in einem Urteil [2]) entschieden, der Testamentsvollstrecker eines Arztes sei „zu der vom Erblasser gewollten Geheimhaltung des Tagebuches — in dem geheimzuhaltende Tatsachen eines Patienten vermerkt waren — befugt“ [3]).

Die Erweiterung des Kreises der Schweigepflichten in der genannten Richtung ist somit nicht willkürlich, sondern stellt lediglich die gesetzliche Anerkennung eines dringenden praktischen Bedürfnisses dar.

Eigentümlich ist lediglich, daß der Dritte, der das Geheimnis von dem Arzt selbst erfahren hat, erst dann strafbar wird, wenn er es nach dem Tode des Arztes veröffentlicht, jedoch straflos bleibt, wenn er es zu dessen Lebzeiten offenbart. Offenbar scheute man davor zurück, sich einer strafrechtlichen Erfassung von Vertrauensbrüchen allgemeiner Art anzunähern, zumal das durch Gesetz nur schwer durchführbar wäre. Der Gesetzgeber begnügt sich deshalb damit, zu seinen Lebzeiten nur den Arzt zur Hütung des Berufsgeheimnisses zu verpflichten. Dieser wird, falls er das Geheimnis unbefugt einem Dritten offenbart, schon aus eigenstem Interesse dafür sorgen, daß dieser schweigt. Umgekehrt darf auch angenommen werden, daß der Dritte, dem der Arzt das Geheimnis mitgeteilt hat, darauf bedacht ist, diesen nicht der Gefahr einer Bestrafung dadurch auszusetzen, daß er dessen Geheimnisbruch durch Weitererzählen offenbar werden läßt. Jedenfalls kann bei dieser Sachlage der Arzt selbst strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden; das erscheint für den Geheimnisschutz ausreichend. Jene Möglichkeit

1) OLG. Bd. 35/86.

2) und 3) Gleichzeitig billigte dieses Gericht dem als Zeugen benannten Testamentsvollstrecker in rechtsähnlicher Anwendung von § 383 Ziff. 5 ZPO. ein Zeugnisverweigerungsrecht zu.

entfällt aber naturgemäß mit dem Tode des Arztes. Es bleibt nurmehr der Dritte als Mitwisser des Geheimnisses. Er ist jetzt dessen berufener Hüter.

Diese Begründung der gesetzlichen Regelung trifft allerdings nur den Fall, daß der Arzt das Geheimnis dem Dritten unbefugt und vorsätzlich, also in strafbarer Weise offenbart hat. Der Wortlaut von Abs. 2 des § 13 RAeO. spricht hingegen nicht ohne weiteres für diese Beschränkung. Es heißt dort: „Wer ... das von dem Verstorbenen ... erlangte Geheimnis unbefugt veröffentlich". Erlangen kann man das Geheimnis auch auf andere Weise als durch strafbare Offenbarung des Arztes. Diese kann insbesondere befugt oder fahrlässig geschehen. Der Dritte kann das Geheimnis sogar gegen den Willen des Arztes von diesem erlangt haben. Er braucht ihm etwa nur Krankenblätter entwendet zu haben. Diese Auslegung würde jedoch zu untragbaren Ergebnissen führen. Wer nämlich unbefugterweise in die Geheimnisse eines Kranken unmittelbar eindringt und diese anderen offenbart, ist stets straflos. Verschafft sich dieselbe Person dasselbe Geheimnis mittelbar dadurch, daß sie ohne oder gar gegen den Willen des Arztes in dessen Aufzeichnungen Einblick nimmt, so wäre sie nach jener weiten Auslegung nach dem Tode des Arztes strafbar. Für dieses verschiedene Ergebnis fehlt jeglicher Grund. Außerdem wird in den weitaus meisten Fällen jenen Personen das Bewußtsein fehlen, zum Schweigen verpflichtet zu sein. Man denke nur an Dienstboten, die von Neugierde geplagt, zu Lebzeiten des Arztes aus dessen Aufzeichnungen gelegentlich Geheimnisse erfuhren, die sie nicht erfahren sollten. Der Arzt stirbt. Plaudert nun ein Dienstmädchen dieses Geheimnis aus, so kann es doch nicht strafbar sein.

Es ist deshalb mit Schäfer[1]) der Gesetzeswortlaut: „Wer ... das von dem Verstorbenen ... erlangte Geheimnis", dahin auszulegen, daß nur der als Täter in Frage kommt, dem der Arzt das Geheimnis unmittelbar, vorsätzlich und unbefugt, jedenfalls nicht ohne seinen Wil-

1) DJ. 1936, S. 375.

len, offenbart hat. Diese Beschränkung entspricht auch dem künftigen Recht[1]). Schweigepflichtig ist demnach insbesondere die Ehefrau des Arztes, der dieser Tatsachen erzählt hat, die unter das Berufsgeheimnis fallen. Ebenso seine nächsten Angehörigen.

In ähnlicher Weise ist auch der Kreis derer zu beschränken, die das Geheimnis aus dem Nachlaß des verstorbenen Arztes erlangt haben (§ 15 Abs. 2 S. 2 RAeO.). Man wird hier verlangen müssen, daß der Täter das Geheimnis rechtmäßig aus dem Nachlaß erlangt hat. Was darunter zu verstehen ist, bestimmt sich wohl nach erbrechtlichen Gesichtspunkten. Zwar kann von einer Vererbung der Schweigepflicht nicht gesprochen werden[2]). Denn dem Erbgang unterliegt nur das Vermögen des Erblassers (§ 1922 BGB.). Die Schweigepflicht zählt jedoch zweifellos nicht hierzu. Aber die „aus dem Nachlaß erlangten Geheimnisse" sind fast ausschließlich in Schriftstücken, Abbildungen und sonstigen Aufzeichnungen verkörpert. Diese folgen als Teile der Erbschaft dem Erbrecht. Darnach hat jeder, der ein Recht an diesen Nachlaßgegenständen hat, auch ein „Recht" die darin enthaltenen Geheimnisse zu erfahren. Gewinnt er Einblick in die hinterlassenen Aufzeichnungen, so hat er die Geheimnisse rechtmäßig aus dem Nachlaß erlangt. Das gilt für die Erben und Vermächtnisnehmer. Aber auch die, die lediglich zum Besitz jener Nachlaßgegenstände berechtigt sind, gehören hierher. So hat z. B. der Testamentsvollstrecker das Geheimnis rechtmäßig aus dem Nachlaß erlangt (§ 2205 BGB.).

Schäfer[3]) meint, Täter könne nur sein, wer als Erbe oder Vermächtnisnehmer zur Verfügung über das Schriftstück, in dem das Geheimnis verkörpert ist, berechtigt ist"[4]). Diese Fassung erscheint aber m. E. zu eng. Vielmehr hat auch der gutgläubige Erbschaftsbesitzer gege-

1) Gürtner, S. 441.
2) Wie Kallfelz, S. 1344 irrtümlicherweise offenbar annimmt.
3) DJ. 1936, S. 375.
4) So auch Gürtner, S. 441.

benenfalls das Berufsgeheimnis „aus dem Nachlasse erlangt", obwohl er nicht verfügungsberechtigt ist. Entscheidend ist hier, daß er sich für den Erben hält und glaubt wie dieser über den Nachlaß verfügen zu können. Er steht insoweit dem Erben gleich, er erscheint wie dieser als Hüter des Berufsgeheimnisses. Um zu vermeiden, daß er Aufzeichnungen, die Berufsgeheimnisse enthalten, veräußert oder auf andere Weise offenbart, muß ihm dieselbe Schweigepflicht wie dem wahren Erben auferlegt werden. Im übrigen würde ein Dritter, der sich etwa noch vor der Besitzergreifung durch den Erben des Schriftstückes unbefugt bemächtigt, ebensowenig als Täter in Frage kommen, wie derjenige, der sich das Geheimnis zu Lebzeiten des Arztes (ohne dessen Willen) auf unrechtmäßige Weise verschafft[1]). Außerdem hat nur der das Geheimnis „aus dem Nachlaß erlangt", der davon unmittelbar aus dem Nachlaß Kenntnis erhalten hat[2]). Nicht schweigepflichtig ist dagegen etwa der Erbschaftskäufer.

Besonders zu beachten ist noch folgendes. § 13 Abs. 2 S. 2 RAeO. beschränkt die Schweigepflicht auf die Nachfahren des Arztes. Dagegen unterliegen die Nachfahren der berufsmäßig tätigen Gehilfen und der Personen, die zur Vorbereitung auf den Beruf an der berufsmäßigen Tätigkeit teilnehmen, nicht der Schweigepflicht des § 13 Abs. 2 S. 2 RAeO.[3]). Das ergibt sich aus dem Hinweis auf den „nach Absatz 1 Verpflichteten". Dort ist nur der Arzt genannt. Diese Beschränkung erscheint willkürlich und ungerechtfertigt. Denn die Gefahr unbefugter Offenbarung durch die Nachfahren jener Personen ist nicht wesentlich geringer, als bei denen des Arztes selbst. Auch sie vermögen sich Aufzeichnungen zu machen oder zu verschaffen die geheim zu halten sind und in die Hände der Nachfahren gelangen können.

Noch weniger ist die Beschränkung der Schweige-

---

1) Schäfer, DJ. 1936, S. 375.

2) Schäfer, a.a.O.

3) Darauf weist insbes. Mittermaier, S. 153 und ihm folgend Neukamp, S. 78 hin.

pflicht auf die zu rechtfertigen, die das Geheimnis von dem verstorbenen Arzt selbst erfahren haben. Denn dieser ist naturgemäß sorgsamer auf die Wahrung des Berufsgeheimnisses bedacht, als seine Gehilfen und Schüler. Jener Tatsache hat der Gesetzgeber — allerdings an anderer Stelle — auch Rechnung getragen: er hat nämlich dem Arzt die Pflicht auferlegt, seine berufsmäßig tätigen Gehilfen und die Personen, die zur Vorbereitung auf den Beruf an der berufsmäßigen Tätigkeit teilnehmen, zur Verschwiegenheit anzuhalten [1]). Deshalb sind hier gerade auch jene in die Schweigepflicht einzubeziehen, die das Berufsgeheimnis von einem verstorbenen Arztgehilfen oder Schüler erlangt haben.

Die RApO. hat in § 24 Abs. 2 diese beiden Gesetzeslücken vermieden. Dort stehen Gehilfen und Schüler in Abs. 1. Die Bezugnahme in Abs. 2 auf die „nach Absatz 1 Verpflichteten" erfaßt sie deshalb in gleicher Weise wie den Apothekenleiter selbst. Das entspricht auch dem künftigen Recht [2]).

Diese Lücke sollte in der Reichsapothekerordnung möglichst bald durch Gesetz geschlossen werden. Ob sich bis dahin Rechtslehre und Rechtsprechung mit § 2 StGB. behelfen können, erscheint mir mehr als zweifelhaft. Zwar verdient der Geheimnisbruch in den genannten Fällen nach dem gesunden Volksempfinden Strafe. Hier hat aber m. E. der Gesetzgeber den Kreis der Täter genau und abschließend umschrieben und bewußt begrenzt. Von einer Ausfüllung einer unbeabsichtigten Lücke kann deshalb nicht gesprochen werden.

Anders ist die Rechtslage bei Beantwortung einer Frage, die Schäfer [3]) in diesem Zusammenhange aufwirft: nach dem Gesetzeswortlaut wird bestraft, wer nach dem Tode des Geheimhaltungspflichtigen das von diesem oder aus dessen Nachlaß erlangte Geheimnis unbefugt weitergibt. Wie aber, wenn etwa der Arzt — Apotheker — nicht

1) § 2 Abs. 2 BODA.
2) Gürtner, S. 438.
3) DJ., a.a.O.

stirbt, sondern unheilbar geisteskrank wird oder auswandert und deshalb im Inlande nicht bestraft werden kann? Unmittelbar ist hier weder § 13 Abs. 2 RAeO. noch § 24 Abs. 2 RApO. anzuwenden. Es entspricht aber dem Grundgedanken der genannten Bestimmungen, die unbefugte Offenbarung, Veröffentlichung — von Berufsgeheimnissen durch Personen, die diese von einem unheilbar Geisteskranken oder ausgewanderten Arzt erfahren oder aus dessen hinterlassenen Aufzeichnungen erlangt haben, unter Strafe zu stellen. Es kann keinen Unterschied bedeuten, ob der Tod den Arzt der Bestrafung entzieht oder einer der genannten Umstände. In beiden Fällen bleibt das Geheimnis gleichermaßen schutzbedürftig, es wechselt nur sein Hüter, weil es der eigentliche nicht mehr sein kann. Keiner Erörterung bedarf die weitere Voraussetzung des § 2 StGB., daß auch das gesunde Volksempfinden Bestrafung erheischt.

Der Anwendung des § 2 StGB. steht nicht entgegen, daß die RAeO. und RApO. vom nationalsozialistischen Gesetzgeber erlassen worden sind. Denn auch dieser nimmt für sich keine Unfehlbarkeit in Anspruch; auch seine Gesetze können und werden in ihrer Fassung nicht immer alle Möglichkeiten des vielgestaltigen Lebens erfassen. Eine Anwendung des § 2 auf nationalsozialistische Gesetze bedeutet somit keineswegs eine unzulässige Ergänzung des „im Gesetz abschließend zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers“ [1]). Die gegenteilige Annahme würde die nationalsozialistische Forderung: „Kein Verbrechen ohne Strafe!“ zum inhaltlosen Schlagwort erniedrigen. Aus diesem Grund wird auch im kommenden deutschen Strafrecht die rechtsähnliche Anwendung ausdrücklich freigegeben werden. Die Analogie wird damit zu einem tragenden Grundgedanken des gesamten Strafrechts überhaupt [2]). Es kann wohl m. E. unerörtert bleiben, daß sämtliche genannten Personen auch dann

1) Vgl. Leppin in JW. 1937, 3079, 3.

2) Vgl. hierüber im einzelnen Mezger in ZStrW. 55/4.

noch das Geheimnis zu wahren haben, wenn sie ihren Beruf nicht mehr ausüben[1]).

Ebensowenig erlischt die Schweigepflicht mit dem Tod des Geheimnisträgers, insbesondere des Kranken[2]). Denn wer einen Arzt — Apotheker zu Rate ziehen oder ihm sonst Einblick in Geheimnisse gewähren muß, weil auf andere Weise der Arzt seine hohe Aufgabe nicht erfüllen kann, soll sicher sein, daß auch nach seinem Tode nichts ohne seinen Willen bekannt wird. Sonst bestünde die Gefahr, daß sich Kranke nicht rückhaltlos anvertrauen oder Dritte ihre Unterstützung versagen. Die Tatsache, daß mit dem Tode des „Verletzten" niemand den Strafantrag stellen kann, besagt hierfür nichts[3]).

Gegenstand des Geheimnisschutzes.

I.

Durch das Schweigegebot wird ein „fremdes" Geheimnis geschützt, das dem Arzte bezw. Apotheker bei Ausübung seines Berufes anvertraut oder zugängig geworden ist.

Unter „Geheimnis" ist dabei jede Tatsache zu verstehen, die nur einem bestimmten beschränkten Personenkreis bekannt ist und die nach dem Willen dessen, der über die Geheimhaltung zu verfügen hat, darüber hinaus nicht bekannt werden soll.

Die Art der geheimen Tatsachen ist gleichgültig. Aufgrund des Ausdruckes „Privatgeheimnis", den § 300 StGB. und noch § 325 des Entwurfes von 1927 verwendet hatte, konnte es zweifelhaft sein, ob nur die Tatsachen erfaßt würden, die das Privatleben einer Person betreffen[4]). Die neue Fassung hat den Anlaß jener Beschränkung

1) Kallfelz, S. 1345; Schläger, Med. Klinik 1936, S. 1487; Chorus S. 25.

2) Schläger, a.a.O.; Rinke, Med. Kl. 1935, S. 402; Chorus, a.a.O.; RGSt. 71/21; Seuff. Arch. 61/332.

3) Irrig Steinwaller, S. 639. — Vgl. d. näheren den Abschn. über Strafantrag.

4) So Hartmann, S. 17.

beseitigt. Sie stellt mit dem Ausdruck „fremdes Geheimnis“ klar, daß der Kreis der geheimnisfähigen Tatsachen insoweit nicht begrenzt ist.

Die Tatsachen müssen nur unbekannt, eben „geheim“ sein. Allerdings schadet die Kenntnis eines beschränkten, bestimmten Personenkreises nicht. Solange keine Offenkundigkeit eingetreten ist, besteht die Geheimnisfähigkeit einer Tatsache unvermindert fort. Diese wird nicht schon durch Verbreitung eines unsicheren, unbestimmten Gerüchtes begründet[1]). Der Patient kann vielmehr verlangen, daß das, was bis dahin lediglich eine Vermutung, ein unbegründetes Gerede war, nicht vom Arzt — Apotheker — bestätigt wird[2]).

War eine Tatsache dem Arzte bereits vorher bekannt, so verliert sie um deswillen allein nicht ihre Eigenschaft als „fremdes Geheimnis“, wie Mittermaier annimmt[3]). „Fremd“ bildet hier nicht einen Gegensatz zu „bekannt“. Dieses Beiwort soll vielmehr vermeiden, daß der Geheimhaltungspflichtige Tatsachen, die ihn selbst betreffen, geheimhalten müsse, weil sie ihm gerade bei seiner Berufsausübung bekannt geworden sind. Erfährt beispielsweise ein Arzt gelegentlich von einem Dritten, daß Frau X schwanger sei und begibt sich diese nachher zu ihm in Behandlung, so hat er ungeachtet seiner früheren Kenntnis von da ab die Schwangerschaft geheim zu halten, sofern sie noch „geheim“ ist und auch dem Willen der Schwangeren nach bleiben soll. Vertraut aber ein Mädchen demselben Arzt an, daß es von ihm ein Kind erwarte, so begründet das für ihn keine Schweigepflicht.

Zum Geheimnis werden jene geheimen Tatsachen dann, wenn ihre „Geheimhaltung verlangt oder stillschweigend erwartet wird“[4]). Es ist also ausschließlich der Geheimhaltungswille, der den Begriff „Geheimnis“ bestimmt,

---

1) RGSt. 26/7; 38/65.
2) So Kallfelz, S. 1344.
3) S. 154.
4) RGSt. 66/273.

nicht das Interesse an der Geheimnisbewahrung [1]). Allerdings kommt jener Wille nicht immer durch eine klare Schweigeauflage zum Ausdruck. Häufig wird er vielmehr aus den Umständen des Einzelfalles zu entnehmen sein [2]). Er ist insbesondere dann als vorhanden zu erachten, wenn ein Interesse an der Geheimhaltung erkennbar ist. Unter dieser Voraussetzung kann auch dann Schweigen geboten sein, wenn derjenige, der die Tatsachen anvertraut, die Bedeutung derselben nicht erkennt, der Arzt sich aber sagen muß, jener würde die Geheimhaltung wünschen, falls er ihre Bedeutung erkennen würde. Das gilt vor allem für die Tatsachen, die ein Kranker im Delirium, in der Narkose, in der Bewußtlosigkeit ausplaudert, ferner für all das, was der Arzt aus dem Erklärten als Schlußfolgerung zieht, sowie für die von ihm selbst gefundenen Untersuchungs- und Behandlungsergebnisse [3]). Darüber hinaus ist ein sachliches Interesse an der Geheimhaltung in rechtlicher Beziehung unerheblich [4]). Kallfelz folgt offenbar der Auffassung Franks [5]): „Steht aber hinter dem Willen kein sachliches Interesse, so wird man das Geheimnis nicht als strafrechtlich geschützt ansehen dürfen". Das bedeutet aber eine Verkennung des Wesens der Schweigepflicht. Denn das Berufsgeheimnis wird nicht um seiner selbst willen geschützt, sondern nur als Grundlage und Voraussetzung des Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt, Apotheker — und Hilfesuchendem. Dieses Vertrauen ist aber gerade bei Kranken sehr häufig nicht das Ergebnis von Erwägungen der Vernunft, sondern der Ausfluß von unprüfbaren Gefühlen, die vielfach „unvernünftig" sind. Sie entspringen nicht selten einer blo-

1) Wie RGSt. 13/60 irrig annimmt, vgl. des weiteren über diese alte Streitfrage: Frank I, 4; Hartmann, S. 18; Sauter, S. 30ff.; Placzek, S. 19; Seréxhe, S. 61.

2) LK. Anm. 4.

3) Vgl. Syroth, MMW.. 1936 S. 1470, Messner, D. Aerztebl. 1937 S. 1075.

4) A. M.: Schäfer, DJ. 1936, S. 374; Kallfelz, S. 1344; Spohr S. 316.

5) a.a.O., I, 4.

ßen Laune. Trotzdem muß der Arzt derartigen Gefühlen Rechnung tragen und anscheinend unsinnige Wünsche erfüllen, um sich das rückhaltlose Vertrauen des Kranken zu erwerben. Er wird des öfteren insbesondere Kindern oder Gemüts- und Seelenkranken versprechen müssen, über belanglose Kleinigkeiten zu schweigen, die jenen aber vielleicht von ungeahnter Bedeutung sind. Ein Geheimnisverrat könnte die gesamte Heilbehandlung in Frage stellen. Ich halte es deshalb für dem Wesen des Geheimnisses und insbesondere dem Zweck des Gesetzes zuwider, den Geheimnisschutz von einem sachlichen Interesse abhängig zu machen. Auch eine Laune kann dem Arzt den Mund verschließen.

Fehlt es allerdings an einem ausdrücklichen Schweigegebot und erscheint die geheime Tatsache als völlig belanglos, sodaß keinerlei Interesse an einer Geheimhaltung erkennbar ist, so kann der Arzt das „Geheimnis" straflos offenbaren, weil es an dem erforderlichen Vorsatz mangelt. Dieser bezieht sich nämlich auch auf die Erkenntnis einer Tatsache als „Geheimnis" [1]). Im übrigen ist es Aufgabe der Verfahrensordnung, dafür zu sorgen, daß nicht Geheimnisverletzungen von offensichtlich völlig geringfügiger Bedeutung verfolgt werden.

II.

Das Geheimnis muß dem Schweigepflichtigen „bei Ausübung seines Berufes anvertraut oder zugänglich geworden" sein. Gegenüber der Fassung des § 300 StGB. bedeutet der neue Gesetzeswortlaut keine unmittelbare sachliche Aenderung. Das gilt zunächst für die Worte „anvertraut zugänglich geworden".

„Anvertraut" ist eigentlich nur etwas, was einem anderen ausdrücklich oder stillschweigend unter der Verpflichtung oder in der Erwartung der Geheimhaltung mitgeteilt wird" [2]). Kenntnis des Geheimnisses ist in diesem Falle also die Folge eines freiwilligen Willensaktes. Das

1) LK. Anm. 8.
2) Ebermaier, S. 44.

Vertrauen des Kranken zum Arzt bildet die Voraussetzung für die Mitteilung der geheimen Tatsachen an den Arzt.

Oftmals wird aber dem Arzt und auch dem Apotheker eine Tatsache bekannt, ohne daß es der davon Berührte will oder überhaupt weiß. Die Zwangslage, in der sich der Hilfesuchende befindet, läßt ihm keine Wahl. Er muß die Preisgabe von sonst ängstlich gehüteten Geheimnissen an den Arzt dulden, weil er sich — etwa wegen Bewußtlosigkeit oder im Delirium — nicht dagegen wehren kann. Solche Geheimnisse sind im Wortsinne nicht „anvertraut". Der Zweck der Schweigepflicht gebietet aber auch ihre Geheimhaltung. Deshalb hat Rechtslehre[1]) und Rechtsprechung[2]) bereits für § 300 StGB. den Begriff „anvertraut" soweit ausgelegt, daß er auch jene Fälle mit umfaßt. So hat das RG. in dem Urteil vom 26. April 1932 zu dem Ausdruck „Anvertrauen" ausgeführt: „Unter „anvertrauen" ist jede Mitteilung — und zwar nicht nur jede mündliche oder schriftliche Aeußerung, sondern auch die Gewährung von Gelegenheit zu Wahrnehmungen und Beobachtungen — zu verstehen, bei der die Geheimhaltung verlangt oder stillschweigend erwartet wird"[3]).

In einer älteren Entscheidung[4]) läßt es ein Geheimnis bereits dann als anvertraut gelten, „wenn ihm" (dem Arzt) „bei Ausübung seines Berufes Tatsachen bekanntwerden, deren Geheimhaltung, wie er sich sagen muß, im Interesse der ihn konsultierenden Person liegt"[5]). Darnach kommt es nicht einmal mehr auf „die Gewährung von Gelegenheit zu Wahrnehmungen und Beobachtungen an. Es genügt vielmehr, daß die Tatsachen dem Schweigepflichtigen irgendwie „zugänglich" geworden sind. Die neue Fassung des Gesetzes bedeutet somit keine Aenderung der bisherigen Rechtslage, sondern lediglich deren er-

1) U. a. LK. Anm. 4; Ebermaier, S. 44.
2) U. a. RGZ. 53/169; 54/361.
3) RGSt. 66/274.
4) RGSt. Bd. 26/8.
5) Ebenda.

wünschte Anerkennung und Klarstellung im Gesetzeswortlaut [1]).

Dessenungeachtet wirkt sich jene Neufassung in einer anderen Richtung aus. Durch die Gleichordnung von „anvertraut" und „zugänglich geworden" kommt zum Ausdruck, daß es völlig belanglos ist, auf welche Art und Weise der Schweigepflichtige Kenntnis von dem Geheimnis genommen hat. Insbesondere kommt es nicht darauf an, ob die Tatsache dem Arzt, — Apotheker, — erst zugänglich gemacht worden ist. Dieser kann sich die Kenntnis auch selbst verschafft haben, ohne daß der Kranke oder sonst ein Dritter davon weiß. Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn der Arzt bei einem Verkehrsunfall dem bewußtlosen Verletzten die erste Hilfe leistet. Das „Zugänglichwerden" setzt eben im Gegensatz zum „Anvertrauen" keine Person außer dem Kenntnisempfänger selbst voraus [2]).

Ohne Belang ist deshalb auch, wer dem Schweigepflichtigen die Kenntnis oder die Möglichkeit der Kenntnisnahme eines Geheimnisses vermittelt hat [3]).

Damit ist endlich klar, daß dem Wort „anvertrauen" keinerlei tiefere Bedeutung zukommt [4]). Es ist lediglich ein besonders sinnfälliger Ausdruck für eine Möglichkeit der Vermittlung von Geheimnissen. Die Folgerungen, die bisher daran geknüpft worden sind, entbehren deshalb jeglicher Berechtigung. Vor allem kann die Frage, wer über die Geheimhaltung einer durch die Schweigepflicht geschützten Tatsache zu verfügen hat, nicht mehr darnach beurteilt werden, wer sie dem Arzte — Apotheker — „anvertraut" hat. Denn oftmals läßt sich ein solcher „Treugeber" [5]) überhaupt nicht feststellen. Es ist also auch müssig zu untersuchen, wer im Einzelfalle der Anvertrauende ist. Ebensowenig Sinn hat es zu untersuchen, ob

1) So auch Schäfer, DJ. 1936, S, 375.
2) Vgl. Spohr, S. 317.
3) Ebenda.
4) So schon unter § 300 StGB. Seréxhe, S. 68.
5) Frank, II, III, 1.

Kinder, Geisteskranke oder Bewußtlose „anvertrauen" können [1]). Denn darauf kommt es nicht an; im übrigen können alle genannten Personen Geheimnisträger und bei Verletzung der Schweigepflicht „Verletzte" sein.

Entscheidend ist vielmehr, ob der Schweigepflichtige die Kenntnis von dem Geheimnis „bei Ausübung seines Berufes" erhalten hat [2]). Durch dieses Erfordernis wird der Kreis der geheimzuhaltenden Tatsachen bestimmt und begrenzt. Außerdem ist aus ihm allein zu entnehmen, wer über die Geheimhaltung zu verfügen hat.

Gegenüber der Fassung des § 300 StGB.: „kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes" hat das neue Recht keine sachliche Aenderung gebracht [3]). Schon dort hätte der Ausdruck „Beruf" genügt [4]). Zweifelhaft könnte nur sein, ob nicht durch Verwendung des Wörtchens „bei" anstelle von „kraft" eine Ausweitung des Kreises der geschützten Berufsgeheimnisse eingetreten ist. Damit würde nämlich insbesondere die Frage erneut an Bedeutung gewinnen, ob auch die Geheimnisse von der Schweigepflicht erfaßt werden, die dem Arzt — Apotheker — lediglich bei Gelegenheit der Berufstätigkeit bekannt geworden sind. Dieser Zweifel läßt sich jedoch aus zwei Erwägungen ohne weiteres beseitigen:

Zunächst hat bereits unter § 300 StGB. die Rechtsprechung und die Rechtslehre keinen Unterschied gemacht zwischen Geheimnissen, die „kraft" eines Amtes, Standes oder Gewerbes und solchen, die „bei" Ausübung eines Berufes, Standes oder Gewerbes anvertraut worden sind [5]). Selbst die Wendung: „in der seine Verpflichtung zur Verschwiegenheit bedingenden Eigenschaft . . . und Tätigkeit" findet sich in einer Entscheidung des RG. [6]) Daraus ist zu entnehmen, daß diesen Umstandswörtern schon bisher

1) Hartmann, verneint diese Frage S. 21.
2) Aehnlich schon bisher Flügge S. 69.
3) Mittermaier, S. 154.
4) Hartmann, S. 20.
5) Vgl. u. a. RGSt. 13/61; 26/8; Goltdammers Arch. 57/207; LK. Anm. 5; Hartmann S. 21.
6) RGZ. 54/361.

keine Bedeutung beigemessen wurde. Es geht deshalb nicht an, aus der Verwendung des Wortes „bei“ anstelle von „in“ zu folgern, daß der Gesetzgeber damit bewußt auch die gelegentliche Kenntnisnahme von Geheimnissen habe erfassen wollen[1]).

Das widerspräche auch dem Sinn und Zweck des Schweigegebots. „Der Arzt ist zum Dienst an der Gesundheit des einzelnen Menschen und des gesamten Volkes berufen“[2]). Er erfüllt eine öffentliche Aufgabe[3]). Deshalb ist er „verpflichtet, seinen Beruf gewissenhaft auszuüben und sich bei seinem Verhalten innerhalb und außerhalb des Berufes der Achtung und des Vertrauens würdig zu zeigen, die der ärztliche Beruf erfordert“[4]). Um jenes Vertrauen der Volksgenossen zum Arzt zu gewährleisten, ist das Schweigegebot geschaffen worden. Dem Arzt ist also der Geheimnisverrat nicht deshalb verboten, weil er an sich verwerflich ist. Denn das ist jeder Verrat. Der Arzt hat vielmehr deshalb zu schweigen, damit er die ihm gestellte hohe Aufgabe, Hüter der Gesundheit des Volkes zu sein, erfüllen kann. Dient aber die Schweigepflicht einem höheren Zweck, so bestimmt dieser ihren Inhalt und ihren Umfang. Kann also das Vertrauen der Volksgenossen zum Arzt vernünftigerweise nicht davon abhängig gemacht werden, daß dieser Tatsachen, die ihm nur gelegentlich seiner Berufsausübung bekannt werden, geheimhält, so kann auch die Schweigepflicht jene Tatsachen nicht umfassen. Dasselbe gilt auch für den Apotheker. Es ist vielmehr ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Berufsausbildung und der Kenntnisnahme des Geheimnisses zu fordern[5]).

So begründet die Erzählung eines redseligen Dienstmädchens nicht die Schweigepflicht des Apothekers, wenn

1) Was Kallfelz anscheinend annimmt, S. 1345.

2) § 1 RAeO.

3) Ebenda.

4) § 12, RAeO., § 1 BODAe.

5) So u. a. Schäfer, DJ. 1936, S. 375; Schläger, Ztschrift. für ärztliche Fortbildung, 1936, S. 267; Gürtner, S. 442; Kallfelz, S. 1344; Spohr, S. 317.

es diesem bei Ueberreichung des ärztlichen Rezeptes über eine Wundsalbe schildert, wie der Dienstherr seine Ehefrau mißhandelt und dabei verwundet hat. Dagegen hat der Apotheker den Inhalt des Rezeptes geheim zu halten. Denn dieser ist ihm bei Ausübung seines Berufes anvertraut worden.

Ist aber die Berufsausübung ursächlich für die Kenntnisnahme einer Tatsache, so kann von einer gelegentlichen Wahrnehmung nicht mehr gesprochen werden. Das verkennt Kallfelz, wenn er ausführt: „Können so auch Tatsachen, die der Arzt nur gelegentlich seiner Berufsausübung erfahren hat, der Schweigepflicht unterliegen, so wird doch ein gewisser ursächlicher Zusammenhang zwischen Ausübung der ärztlichen Tätigkeit und der Kenntnisnahme zu fordern sein“ [1]). Im übrigen ist ihm beizupflichten, daß bereits der lockerste Zusammenhang genügt. Dieser ist m. E. stets schon dann anzunehmen, wenn ein Geheimnis dem Schweigepflichtigen nur deshalb zugänglich geworden ist, weil er als Arzt — Apotheker — nicht als bloßer Privatmann, tätig war. Alles, was er infolge seiner Zuziehung als Arzt [2]) — Apotheker —, was er in der Eigenschaft und Tätigkeit [3]) als solcher erfahren hat, ist geheimzuhalten.

Dabei ist nicht erforderlich, daß sich die Tatsachen unmittelbar auf die Krankheit beziehen. Der Schweigepflicht unterliegen vielmehr auch sonstige Tatsachen, die das familiäre, gesellschaftliche, wirtschaftliche, berufliche Leben des Hilfesuchenden betreffen [4]). Voraussetzung ist nur, daß sie der Schweigepflichtige gerade infolge seiner Zuziehung erfahren hat, daß sie aber einem sonstigen Dritten verborgen geblieben wären. Denn gerade aus den sonstigen Lebensverhältnissen des Kranken zieht der Arzt oftmals höchst bedeutsame Schlüsse für die Heilbe-

1) Kallfelz, S. 1345.

2) RG. in Goltdammer Arch. Bd. 57/207.

3) RGZ. 54/361.

4) Vgl. auch Kallfelz, S. 1344; Schläger in Med. Klin. 1936 S. 1487; Spohr, S. 317.

handlung. Wäre der Hilfesuchende nicht sicher, daß der Arzt auch über jene Tatsachen schweigt, würde er mit seinen Mitteilungen ängstlich zurückhalten. Insbesondere würde er nicht selten gerade das verschweigen, was der Arzt zu einer sachgemäßen Behandlung wissen muß, dagegen das erzählen, was in dieser Hinsicht belanglos ist, weil ihm hierfür das richtige Unterscheidungsvermögen fehlt. Es kann deshalb auch nicht darauf ankommen, daß das, was der Kranke anvertraut oder zugänglich macht, für das Heilverfahren von Bedeutung ist oder nicht. So kann zwar die freiwillige Erzählung von Jagd- und Reisegeschichten und Erlebnissen den Arzt nicht zum Schweigen verpflichten. Hat sich aber der Kranke bei einem derartigen Erlebnis von einem Dritten eine ansteckende Krankheit zugezogen, so hat der Arzt auch über diese Begebenheit zu schweigen, wenn sie der Patient nur auf sein Verlangen und mit Rücksicht auf die Heilbehandlung geschildert hat.

Auch Geschäfts- und Amts-[1]), sowie Staatsgeheimnisse[2]) werden unter jenen Voraussetzungen geschützt. Man denke nur an ein Unglück in einem Betrieb oder Amt. Der Arzt wird gerufen, er kommt dabei durch Räume, wo er Einblick in die wertvollsten Geschäfts- oder Amtsgeheimnisse gewinnt und gewinnen muß, weil er auf andere Weise den Hilfebedürftigen nicht retten kann. Er hat jene Geheimnisse infolge seiner Zuziehung als Arzt, also bei Ausübung seines Berufes erlangt, er muß deshalb schweigen. Wollte man hier den Geheimnisschutz versagen, so würde nicht selten auf die Hilfe des Arztes ganz verzichtet werden müssen.

Hier taucht die Frage auf, ob sich die Tatsachen auch auf andere Personen als den Hilfesuchenden beziehen können. Ich habe oben gezeigt, daß es nicht darauf ankommen kann, wer die Geheimnisse dem Arzte zugänglich gemacht hat, sondern daß solche dem Arzt überhaupt bei Ausübung seines Berufes bekanntgeworden sind. Es

1) Schläger, Med. Klinik, 1936, S. 1487.
2) Frank, I, 3.

kann deshalb m. E. für die Frage, ob der Arzt zu schweigen hat, auch nicht von Belang sein, wen die Tatsache betrifft. Wie oft ist es vor allem bei übertragbaren Krankheiten wichtig zu wissen, wie, insbesondere von wem sich der Kranke die Krankheit zugezogen hat. Zur Ermöglichung einer sachgemäßen Heilbehandlung muß er dem Arzt im einzelnen schildern, mit welchen Menschen er zusammengekommen ist und ob diese mit jener Krankheit behaftet waren. Entsprechendes gilt in ganz besonderem Maße für die Erbkrankheiten, bei deren Diagnose es gerade darauf ankommt, ob Blutsverwandte auch daran leiden. Wollte man annehmen, der Arzt könnte ungehindert reden, so würde der Kranke, um den Dritten nicht bloßzustellen, nicht selten ganz schweigen oder den Sachverhalt so verzerrt darstellen, daß brauchbare Schlüsse daraus nicht gefolgert werden könnten. Damit wäre eine Heilung oftmals unnötig behindert oder gar unmöglich. Das widerspricht aber dem Zweck der Schweigepflicht. Der Arzt hat vielmehr über alles Schweigen zu bewahren was ihm der Hilfesuchende im Zusammenhang mit der Krankheit, insbesondere darüber, daß ein Dritter daran leide, mitteilt; denn er hat all jene Tatsachen „bei Ausübung seines Berufes“ erfahren. Darauf, daß sie einen Dritten betreffen, kann es nicht ankommen. Der Einwand das Geheimnis des Dritten verdiene um deswillen keinen Schutz, weil das Schweigegebot lediglich das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Hilfesuchendem schützen solle[1]), geht fehl, denn dieses Vertrauen wird nicht minder auch dann erschüttert, wenn der Schweigepflichtige Geheimnisse Dritter ausplaudert[2]). Denn der Kranke hat sie hier nicht aus bloßer Schwatzhaftigkeit, sondern in einer gewissen Zwangslage, nämlich um seine eigene Heilung zu fördern, dem Arzt anvertraut.

Selbstverständlich sind auch solche Tatsachen nicht von der Schweigepflicht ausgeschlossen, die dem Arzt — Apotheker — durch Dritte, etwa Angehörige, in Bezug

1) So Ebermayer, S. 49/50.

2) So auch Rinke Med. Klinik, 1935 S. 3.

auf seine Berufstätigkeit, insbesondere hinsichtlich des Kranken, anvertraut oder zugänglich werden[1]).

Der Arzt hat demnach alle Tatsachen geheimzuhalten die ihm infolge seiner Eigenschaft und Tätigkeit als Arzt bekanntwerden und deren Geheimhaltung der davon Betroffene verlangt oder stillschweigend erwartet. Entsprechendes gilt für den Apotheker.

Jene Voraussetzungen sind nicht erfüllt, wenn der Schweigepflichtige als Sachverständiger vom Gericht beauftragt ist, eine Person etwa auf ihren Gesundheits- insbesondere Geisteszustand zu untersuchen. Hier ist die Tätigkeit des Arztes nicht „Dienst an der Gesundheit eines einzelnen Menschen“[2]), sondern zuvorderst Ausführung eines Auftrages des Gerichts zwecks Erforschung der Wahrheit. Ein schutzbedürftiges Vertrauensverhältnis ist hier nicht gegeben[3]). So hat auch der auf seine Blutgruppenzugehörigkeit Untersuchte keinen Anspruch auf Verschwiegenheit des Arztes[4]).

III.

1. Kein Geheimnis liegt vor, wenn der, der über die Geheimhaltung einer Tatsache zu verfügen hat, den Schweigepflichtigen von der Pflicht, das Geheimnis zu wahren, entbunden hat, wenn er in die Offenbarung — Veröffentlichung — einwilligt[5]). Denn damit entfällt ein wesentliches Merkmal des Geheimnisses, der Geheimhaltungswille[6]). Dieser hat die geheime Tatsache zum Geheimnis gemacht. Entfällt er, so kann die Tatsache zwar noch geheim sein; sie ist aber kein Geheimnis mehr[7]). Die

1) Flügge, S. 86; Goltdammer Bd. 59/463; Schläger, Med. Kl. 1936, S. 1487; Mittermaier, S. 154; a. M.: Spohr S. 317.

2) § 1 RAeO.

3) RGSt. 66/273.

4) So auch Schläger, Zschr. f. ärztl. Fortbildg. 1936, S. 276.

5) So Chorus, S. 62; Hellwig, D. M. W. 1936, Seite 153; Kallfelz, S. 1345; ähnlich Hinterthuer, DJ. 1934, S. 828.

6) So auch Hartmann, S. 31.

7) Schäfer, DJ. 1936, S. 375; führt die Einwilligung ungenau als allgemeinen Rechtfertigungsgrund auf.

Einwilligung setzt Kenntnis der geheimen Tatsache und deren Bedeutung voraus. Deshalb sind Kinder unter 14 Jahren regelmäßig hierzu nicht imstande. Personen über 18 Jahre können die Einwilligung jederzeit erteilen, sofern keine besonderen Gründe entgegenstehen. Bei Jugendlichen zwischen 14 und 18 Jahren kommt es darauf an, ob sie Bedeutung und Tragweite der Einwilligung ermessen können[1]).

Die Entbindung von der Schweigepflicht kann jederzeit, insbesondere auch noch im Prozesse widerrufen werden[2]). Freilich wird die geheimnisfähige Tatsache nur dann durch den Widerruf wieder zum Geheimnis, wenn sie noch geheim, jedenfalls nicht schon offenkundig ist[3]). Zu beachten ist, daß die Einwilligung nicht unbegrenzt, sondern unter einer Beschränkung erteilt sein kann. Der Kranke kann z. B. die Zustimmung lediglich zur Offenbarung des Geheimnisses an den Ehegatten geben. Dann hat der Arzt anderen Personen gegenüber zu schweigen. Der Schweigepflichtige wird deshalb stets erwägen müssen wieweit das Einverständnis des Geheimnisträgers geht, denn „bei allen Tatsachen, welche nicht offenkundig sind entscheidet über Existenz, Umfang und Dauer des Geheimnisses der Wille der Person, die über die Geheimhaltung zu verfügen hat“[4]). Hierher gehört auch der Austausch von Krankengeschichten zwischen verschiedenen Aerzten oder Krankenhäusern. Geschieht die Aushändigung der Krankengeschichte an den weiterbehandelnden Arzt, so ist die Einwilligung des Kranken anzunehmen. Im übrigen liegt eine unbefugte Offenbarung vor. Ebenso ist die Einwilligung des Kranken in Mitteilungen des Arztes an Krankenkassen als erteilt anzusehen.

2. Wer jeweils über die Geheimhaltung zu verfügen hat, kann zweifelhaft sein. Jedenfalls kann es zur Beantwortung dieser Frage nicht entscheidend darauf ankommen,

1) Vgl. hierzu Rinke, Med. Klin. 1935, S. 401.
2) RGSt. 57/66.
3) Ungenau Löwe-Rosenberg, StPO. § 53 Note 20.
4) LK. Anm. 3.

wer das Geheimnis anvertraut hat[1]). Denn nach dem neuen Gesetzeswortlaut kann die Vermittlung des Berufsgeheimnisses derart verschieden sein, daß ihr keine Bedeutung zukommt. Wesentlich ist nur, daß der Schweigepflichtige das Geheimnis „bei Ausübung seines Berufes" überhaupt erlangt hat. Dieses Geheimnis hat er zu wahren. Offenbart er es unbefugt so ist zunächst nur dessen Vertrauen erschüttert, den die geheime Tatsache unmittelbar betrifft. Das Vertrauen dessen, der die Kenntnis einer geheimen Tatsache dem Schweigepflichtigen nur vermittelt hat, kann nur dann beeinflußt werden, wenn er selbst die Geheimhaltung der Tatsache gewollt hat. Dieser Wille liegt meist aber nur dann vor, wenn ihn die Tatsache selbst betrifft. In diesem Falle ist die Tatsache aber sein Geheimnis. Im übrigen wird der, der das Geheimnis eines Dritten dem Schweigepflichtigen mitgeteilt hat, gewöhnlich nur die Tatsache geheimhalten wollen, daß gerade er das Geheimnis zugänglich gemacht hat. Hier ist also die Mitteilung an den Arzt die geschützte Tatsache. Offenbart also der Arzt das Geheimnis des Dritten, so ist zunächst nur dieser verletzt, der „Anvertrauende" dagegen regelmäßig nur dann, wenn gleichzeitig bekannt wird, daß er das Geheimnis anvertraut hat. Das ist umsomehr anzunehmen, als dieser in den seltensten Fällen überhaupt weiß, daß der Schweigepflichtige das Geheimnis des Dritten gerade und nur von ihm erlangt hat. Außerdem muß es allein dem Willen dessen, den die geheime Tatsache betrifft, vorbehalten bleiben, inwieweit diese geheim bleiben soll.

3. Das Recht der Einwilligung ist höchstpersönlich, geht also nicht auf die Erben über[2]). Insbesondere steht es auch nicht den nächsten Angehörigen des verstorbenen Berechtigten zu[3]); denn nicht selten wollte der Verstorbene

1) Irrig Löwe-Rosenberg, § 53 Note 20.

2) So die h. L.; neuerdings u. a. RGSt. 71/21; Schäfer, D. Strafr. 1937, S. 198, Hellwig, D. med. Wschr. 1936, S. 153; Syroth, S. 1470.

3) RGSt. 71/21; RG. in Recht 1906, Nr. 2896, OLG. Dresden

gerade das Geheimnis vor jenen bewahren und zwar auch über seinen Tod hinaus. Ein gutes Beispiel hierfür bildet ein Fall, den Schäfer[1]) anführt: die nächsten Angehörigen ziehen die Gültigkeit einer letztwilligen Verfügung zu Gunsten einer Frau in Zweifel mit der Begründung, sie sei sittenwidrig, weil es eine Belohnung für die Gewährung von Geschlechtsverkehr sei. Sie benennen den behandelnden Arzt als Zeugen dafür, daß die Vermächtnisnehmerin den Verstorbenen mit einer Geschlechtskrankheit angesteckt habe. Es widerspräche dem Zweck des Schweigegebots, wollte man hier den Angehörigen die Befugnis zubilligen, über die Geheimhaltung zu verfügen.

Es ist zwar möglich, daß in anderen Fällen der mutmaßliche Wille des Verstorbenen und der der Angehörigen bezüglich der Geheimhaltung gleichlaufen. Der Verstorbene ist z. B. durch fremdes Verschulden ums Leben gekommen. Die Hinterbliebenen machen Schadensersatzansprüche gegen den Schuldigen geltend. In dem deswegen geführten Rechtsstreit kommt es auf das Zeugnis des behandelnden Arztes an. Aber auch dann besteht kein Anlaß einer anderen rechtlichen Beurteilung, zumal etwaige Mißstände, die sich durch das Schweigen des Arztes ergeben könnten, mit Hilfe von § 13 Abs. 3 RAeO. vermieden werden könnten. Denn die Offenbarung des Geheimnisses entspricht in diesem Falle einem nach gesundem Volksempfinden berechtigten Zweck.

Diese Möglichkeit besteht selbst dann, wenn der mutmaßliche oder sogar ausdrückliche Wille des Verstorbenen auf Geheimhaltung gerichtet ist, die Angehörigen aber oder sonst ein Dritter ein berechtigtes Interesse an der Offenbarung haben. Geht es in einem Erbschaftsstreit z. B. darum, ob der Erblasser bei Errichtung des Testamentes geisteskrank war oder nicht, so erscheint die Pflicht des Arztes durch seine Aussage die Erforschung der Wahrheit zu ermöglichen, höher als die Pflicht, das

in Seuff. Arch. Bd. 61/331 ff.; Schäfer, DStrR. 1937, S. 198. A. M.: Sommer, a.a.O.

1) a.a.O.

Geheimnis des Verstorbenen weiterhin zu wahren[1]). Denn Geisteskrankheit ist kein Leiden, das den sittlichen Wert des Verstorbenen und sein Andenken mindert. Dieser Gesichtspunkt ist gerade bei Geheimnissen, die Tote betreffen, von ausschlaggebender Bedeutung. Die Aussage des Arztes dient also einem nach gesundem Volksempfinden berechtigten Zweck, wobei der Schaden, der durch das Schweigen droht, erheblich höher ist als der, der aus der Offenbarung erwachsen könnte.

Mochte demnach unter § 300 StGB. das Eintreten für die Einwilligungsbefugnis der Angehörigen verständlich sein[2]), weil die Offenbarungsbefugnis umstritten war, so ist ein weiterer Meinungsstreit über diese Frage wegen § 13 Abs. 3 RAeO. bezw. § 24 Abs. 3 RApO. müssig.

Auch das Verfahrensrecht nötigt zu keiner anderen rechtlichen Beurteilung der aufgeworfenen Frage. Dort kommt der Einwilligung zwar erhöhte Bedeutung zu. Denn sie gibt dem Arzt — bezw. Apotheker — nicht nur die Befugnis als Zeuge auszusagen, sondern sie macht es ihm zur gesetzlichen Pflicht (§ 53 Abs. 1 StPO., § 385 Abs. 2 ZPO.). Diese Aussagepflicht besteht aber m. E. außerdem stets auch dann, wenn der Schweigepflichtige auf Grund § 13 Abs. 3 RAeO. bezw. § 24 Abs. 3 RApO. zur Geheimnisoffenbarung sonst befugt ist[3]). Auch die Einwilligung verdankt ihre Wirkung im Verfahren dem sachlichen — materiellen — Recht. Die Angriffe Sommers[4]) gegen das Urteil des Reichsgerichts vom 23. Okt. 1936[5]) sind deshalb schon aus diesem Grunde ungerechtfertigt. Nicht aus § 53 StPO., sondern allein aus § 13 RAeO. ist zu entnehmen, wer den Schweigepflichtigen von dem Gebot, das Geheimnis zu wahren, entbinden kann. Im übrigen ist dem Reichsgericht beizupflichten,

1) Beschl. des Kammerger. vom 2. Jan. 1914, Ebermayer, S. 45; Schäfer, DStrR. S. 199.

2) Vgl. insbes. Sauter, S. 141 ff.

3) Begründung dieser Ansicht, siehe unten u. d. Abschnitt „Berufsgeheimnis und Zeugnispflicht".

4) Sommer, Die med. Welt, 1937, S. 943.

5) RGSt. 71/21, JW. 1937, S. 629.

daß jedenfalls nach dem neuen Recht das Interesse des Verstorbenen „grundsätzlich besser gewahrt ist“, wenn der unparteiisch und gewissenhaft abwägende Arzt pflichtgemäß darüber entscheidet, ob er das ihm Anvertraute geheimhalten oder offenbaren will[1]).

Offenbaren.

I.

Die Handlung besteht im „Offenbaren“ des fremden Geheimnisses. Darunter ist jedes Verhalten des Schweigepflichtigen zu verstehen, das einem anderen vorsätzlich die Kenntnis des Geheimnisses vermittelt. Im Gegensatz zum „Veröffentlichen“ genügt die Kundgabe an eine einzige Person. Dieser darf aber die mitgeteilte Tatsache nicht schon bekannt gewesen sein[2]). Allerdings reicht die Kenntnis eines ungewissen Gerüchts hierfür nicht aus. Wird es vom Schweigepflichtigen bestätigt, so offenbart er[3]).

Die Bekanntgabe kann außer durch eine bestimmte Behauptung durch Aeußerungen erfolgen, aus denen erst mit Hilfe von Schlußfolgerungen die geheime Tatsache zu erkennen ist. Auch das Zeigen von Abbildungen, sowie die Gewährung der Einsicht in Schriftstücke genügt.

Schildert der Arzt in einer Fachzeitschrift einen besonders lehrreichen Fall aus seiner Praxis, so offenbart er nicht, wenn weder aus den Ausführungen noch auf Grund der Abbildungen und sonstigen Umstände erkennbar ist, wer davon betroffen wird[4]). Denn die Bekanntgabe des Geheimnisträgers ist hier wesentlich.

Anders ist die Sachlage, wenn der Arzt bei einem Unglück in einem pharmazeutischen Werk die bisher geheime Zusammensetzung eines Heilmittels erfährt, die ihm

4) RG. in JW. a.a.O. S. 630.

1) Frank Anm. III.

2) RGSt. 26/5.

3) Ungenau Neukamp, S. 77, der von befugtem Offenbaren spricht.

bei Rettung von Verunglückten zugänglich geworden ist. Plaudert er dieses Betriebsgeheimnis aus, so ist nicht erforderlich, daß er auch den Hersteller dieses Heilmittels bekannt gibt.

Es hängt eben stets von der Art des jeweiligen Geheimnisses ab, was geheim zu halten ist.

Im Schrifttum über § 300 StGB. wurde die Ansicht vertreten, daß Mitteilungen an andere Vertrauenspersonen keine unbefugten Offenbarungen darstellten [1]). Diese Auffassung ist m. E. unhaltbar [2]). Man denke z. B. an folgenden Fall: Die Frau eines Arztes geht zu einem anderen Arzt wegen Beschwerden im Unterleib in Behandlung. Dieser entfernt aus den Geschlechtsteilen ein zurückgebliebenes Präservativ. Die Frau weiß nichts davon. Bei einem späteren Zusammentreffen ermahnt der behandelnde Arzt den ihm befreundeten Ehemann der Frau in väterlichem Ton, er solle in Zukunft etwas vorsichtiger sein und berichtet ihm das Untersuchungsergebnis. Noch am selben Tage reicht der Ehemann die Scheidungsklage ein. Denn das Präservativ konnte nur von einem Geschlechtsverkehr seiner Frau mit einem anderen Manne herrühren.

Oder: Ein Krankenhausarzt hatte ein Mädchen nach einem Abgang in Behandlung. Er erzählte dies einem jüngeren Kollegen, ohne zu wissen, daß das Mädchen dessen Braut ist.

Die Beurteilung der aufgeworfenen Frage ändert sich allerdings, wenn die Offenbarung gegenüber dem Arzt geschieht, der den Kranken weiterbehandelt. Der Grund hierfür ist aber nicht die Tatsache, daß letzterer auch zum Schweigen verpflichtet ist, sondern weil hier die Einwilligung des Kranken anzunehmen ist. Verlangt dieser ausdrücklich, daß der vorbehandelnde Arzt auch dem Nachfolger gegenüber das Geheimnis wahre — etwa um zu prüfen, ob dieser selbständig zur selben Diagnose komme —, so hat er zu schweigen [3]).

1) Rinke, S. 401.
2) So auch Hartmann, S. 22; Spohr S. 318.
3) Ebermayer, S. 52.

Das „Offenbaren“ erfordert Vorsatz[1]); das war schon unter § 300 StGB. herrschende Lehre[2]). Das neue Recht hat insoweit keine Aenderung gebracht; allerdings ist die fahrlässige Geheimnisverletzung als Berufsvergehen gemäß §§ 51 ff. RAeO. bezw. §§ 15ff. RApO. von den Standesgerichten verfolgbar[3]). Denn das Erfordernis des Vorsatzes für die Bestrafung durch die ordentlichen Gerichte ist lediglich aus allgemeinen Gesichtspunkten des geltenden Strafgesetzbuches zu entnehmen. Diese treffen aber insoweit für Berufsvergehen der Standesordnungen nicht zu. Es ist vielmehr auch das achtlose Herumliegenlassen von Krankengeschichten als Verletzung der Berufspflicht gemäß § 13 RAeO. bezw. § 24 RApO. anzusehen.

II.

Eine erhebliche Verschlechterung erfährt der Geheimnisschutz nach dem Tode des Arztes. Seine Nachfahren machen sich nur dann strafbar, wenn sie das aus dem Nachlaß erlangte Geheimnis unbefugt veröffentlichen (§ 13 Abs. 2 RAeO.). Hierzu ist erforderlich, daß der Täter die geheim zu haltende Tatsache an einen unbestimmt großen Personenkreis verbreitet oder mitteilt. Der Verrat an eine einzelne Person ist straflos. Diese Lockerung der Schweigepflicht nach dem Tode des Arztes ist aber m. E. völlig ungerechtfertigt[4]), zumal die Nachfahren naturgemäß das Schweigegebot nicht so ernst nehmen, wie der Arzt selbst, weil sie regelmäßig dessen ungemein tiefe Bedeutung nicht ermessen und außerdem nicht auf das künftige Vertrauen der Hilfesuchenden bedacht sein müssen. Selbst die weite Auslegung, die das Reichsgericht[5]) dem Begriff „verbreiten“ zuteil werden läßt, vermag jenen Mißstand nicht befriedigend zu beseitigen. Denn wenn darnach

1) So u. a. Neukamp, S. 83; Hellwig, DmWschr. 1936, S. 153; Messner, S. 1076; Kallfelz, S. 1347.

2) Vgl. LK. Anm. 8.

3) Neukamp, a.a.O.; Kallfelz, a.a.O.

4) So auch Schäfer, DJ. 1936, S. 375.

5) Vgl. insbes. in dem Urteil vom 29. Mai 1935: D.J. 1935 S. 1192.

auch die Aushändigung der Schrift an nur eine Person genügt, so wird doch gerade das weitere Erfordernis, das nämlich der Aushändigende mit einer Weiterverbreitung rechnen muß, häufig nicht erfüllt sein.

Die RApO. hat diesen Mangel vermieden und auch bei den Nachfahren das „Offenbaren" bereits unter Strafe gestellt. Ebensowenig wird er im künftigen Strafrecht wiederkehren [1]).

Selbstverständlich kann auch die Veröffentlichung nur vorsätzlich geschehen.

Die Befugnis zur Offenbarung.

I.

1. Die Offenbarung des fremden Geheimnisses ist nur dann strafbar, wenn sie unbefugt geschieht. § 13 Abs. 1 RAeO., § 24 Abs. 1 RApO. Dieser Ausdruck ist vom § 300 StGB. übernommen worden. Er war auch im § 325 des Entwurfes eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches von 1925 vorgesehen und soll im kommenden deutschen Strafrecht wiederkehren [2]). Zwar war der Begriff „unbefugt" wohl das umstrittenste Merkmal im § 300 StGB. Aber schon die beharrliche Beibehaltung in den Entwürfen, insbes. in den beiden hier behandelten Gesetzesbestimmungen zeigt, daß die begriffliche Bedeutung dieses Wortes als geklärt anzusehen ist. „Unbefugt" bedeutet nicht mehr und nicht weniger als „rechtswidrig" [3]). Die Ansicht Bindings, daß unbefugt: ein Offenbaren ohne vom Berechtigten erhaltene Erlaubnis sei, ist schon unter § 300 StGB. vereinzelt geblieben, durch das neue Recht jedoch endgültig abgelehnt worden. Denn § 24 Abs. 3 RApO. besagt, „eine unbefugte Offenbarung liegt nicht vor, wenn ein solches Geheimnis zur Erfüllung einer Rechtspflicht oder sittlichen Pflicht oder sonst zu einem nach gesunden Volksempfinden berechtigtem Zweck offen-

1) Gürtner, S. 439.

2) Gürtner, S. 438.

3) Für das neue Recht: u. a. RGSt. 71/21; Kallfelz, S. 1345; Hellwig, DmWschr. 1936, S. 153.

bart wird und wenn das bedrohte Rechtsgut überwiegt". Darnach wird der Offenbarung die „Unbefugtheit" genommen, wenn Gründe vorliegen, die jeder sonst rechtswidrigen Handlung die Rechtswidrigkeit nehmen [1]).

2. Verfehlt ist m. E. deshalb der Ausdruck „straffrei" im § 13 Abs. 4 RAeO.; denn dieses Wort besagt lediglich, daß die Strafe entfällt. Es setzt als notwendig eine an sich strafbare Handlung voraus. Der Täter muß rechtswidrig und schuldhaft gehandelt haben. Folgerichtig wird diesem Begriff „straffrei" z. B. in § 199 StGB. auch die dargelegte Bedeutung beigemessen [2]).

In § 13 Abs. 3 RAeO. dagegen kann straffrei keinesfalls diesen Sinn haben. Denn die Voraussetzungen, unter denen der Täter straffrei sein soll, beseitigen wie gesagt, die Rechtswidrigkeit der Handlung und damit eine strafbare Handlung überhaupt [3]).

Offenbar ist hier dem Gesetzgeber ein Redaktionsfehler unterlaufen, der schon in den Entwürfen von 1925 und 1927 [4]) enthalten war und von dort anscheinend unbesehen übernommen worden ist. Diese Flüchtigkeit ist bereits in der nach der RAeO. abgefaßten RApO. vermieden worden, wo es heißt: „Eine unbefugte Offenbarung liegt nicht vor . . ." § 24 Abs. 3. Ebenso soll § b Abs. 5 — über den „Verrat fremder Geheimnisse" — des kommenden deutschen Strafrechts gefaßt werden [5]).

3. Das Gesetz enthält sich einer ausdrücklichen Bestimmung darüber, wann die Offenbarung unbefugt ist. Es ist aber angesichts der hohen Bedeutung des Berufsgeheimnisses davon auszugehen, daß die Offenbarung immer unbefugt ist, wenn nicht im einzelnen Fall eine

1) Vgl. hierüber Mezger, Schaffstein in Zschr. f. d. ges. StrW. Bd. 56, S. 1ff.

2) Frank, § 199 Anm. 3; LK. § 199, Anm. 9.

3) So auch RGSt. 71/21; Kallfelz, S. 1345; Schäfer, DJ. 1936 S. 376; Mittermaier, a.a.O. S, 154.

4) § 293, bezw. § 325 Abs. 3 des Entw. eines allg. deutschen Strafgesetzbuchs.

5) Gürtner, S. 439.

Befugnis zur Offenbarung besteht[1]). Darnach muß jeder Durchbrechung des Schweigegebots ein besonderer Rechtfertigungsgrund[2]) zur Seite stehen, soll sie nicht unbefugt sein. Derartige Gründe führt das Gesetz im § 13 Abs. 3 RAeO. bezw. § 34 Abs. 3 RApO. auf. Darnach ist die Offenbarung nicht unbefugt, wenn das Geheimnis

a) zur Erfüllung einer Rechtspflicht
b) einer sittlichen Pflicht
c) sonst zu einem nach gesundem Volksempfinden berechtigten Zweck offenbart wird und wenn das bedrohte Rechtsgut überwiegt.

Schäfer[3]) meint, § 13 Abs. 3 RAeO. enthalte keine abschließende Regelung. Vielmehr könne die Rechtswidrigkeit auch aus allgemeinen Rechtsgründen entfallen. Er führt insbesondere Einwilligung des Verletzten und Notwehr auf. Nach Mittermaier[4]) stehen andere Fälle des Offenbarungsrechts, wie Notwehr, neben den in Abs. 3 genannten. Dagegen hält Kallfelz[5]) die Rechtfertigung einer Offenbarung durch Notwehr, Notstand und auftraglose Geschäftsführung für „frühere juristische Hilfskonstruktionen, deren es heute nicht mehr bedürfe". Dieser Auffassung ist zuzustimmen.

In Abs. 3 kommt m. E. ganz allgemein zum Ausdruck, daß eine Offenbarung stets dann nicht unbefugt sein soll, wenn sie aus irgend einem Grunde nicht als materielles Unrecht erscheint. Nur weil bei der materiellen Unrechtsauffassung eine gewisse Gefahr für richterliche Willkür und Rechtszersplitterung nicht zu leugnen ist, mußte der Gesetzgeber auf die Frage nach ihrem sachlichen Inhalt eine genauere Antwort geben. Das hat der Gesetzgeber auf allgemeinen Wunsch aus Aerztekreisen in Abs. 3 getan, sonst nichts. Da sich aber der Inhalt des Rechts zuweilen nur höchst unvollkommen in Worte

1) Ebermayer, S. 45; Hellwig, DmWchsr. 1936, S. 153.
2) Kallfelz, S. 1345.
3) Dj. 1936, S. 375.
4) S. 154.
5) S. 1346.

zwingen läßt, kann das Gesetz lediglich bloß „Richtlinie“[1]) sein. Darnach ist weder alles befugt, wozu Abs. 3 die Erlaubnis zu geben scheint, noch ist der Wortlaut der einzige Grund für die Annahme einer Offenbarungsbefugnis. Von diesem Standpunkt aus betrachtet erscheint die Notwehr nur als ein Grund, der das materielle Unrecht, das allein in Betracht kommen kann[2]), beseitigt.

II.

1. Befugt ist die Offenbarung zunächst dann, wenn eine andere gesetzliche Bestimmung sie ausdrücklich erfordert. Diese gesetzlichen Anzeige- und Auskunftspflichten sind äußerst zahlreich. Die Erwähnung einiger Beispiele, insbesondere aus neueren Gesetzen, mag genügen[3]).

So ist auch der Arzt, Apotheker, wie jeder andere Volksgenosse verpflichtet, Anzeige zu erstatten, wenn er von dem Vorhaben eines Hochverrats oder Landesverrats einer Wehrmittelbeschädigung, eines Verbrechens wider das Leben, eines Münzverbrechens, eines Raubes, Menschenraubes oder gemeingefährlichen Verbrechens glaubhafte Kenntnis erhält (§ 139 StGB.). Ist eines der genannten Verbrechen bereits begangen, so besteht keine Rechtspflicht zur Anzeige. Hat jedoch z. B. ein Arzt bei Behandlung einer schwangeren Frau erfahren, daß sich ihr eine Person zur Entfernung der Leibesfrucht erboten habe, die gewerbsmäßig Abtreibungen vornehme, und bereits vorgenommen habe, so entspricht es einem nach gesundem Volksempfinden berechtigten Zweck, wenn der Arzt diese Tatsache den Strafverfolgungsbehörden mitteilt und so zur Fassung eines gesuchten Schwerverbrechers beiträgt[4]). Bei begangenen Verbrechen ist jedoch besonders zu beachten, daß das bedrohte Rechtsgut überwiegt (§ 13 Abs. 3 RAeO.). Das ist wohl hier der Fall. Denn

1) Mezger, Zschr. f. d. ges. StrW., Bd. 55/4.

2) So Kallfelz, S. 1345; Gürtner, S. 443.

3) Vgl. die nahezu erschöpfende Angabe im LK. Anm. 7.

4) Aehnlich Hellwig DJ. 1936, S. 373 und Schäfer, DJ. 1936, S. 375.

es besteht ein so erhebliches Interesse von Volk und Staat an der Strafverfolgung, daß das Interesse an der Geheimhaltung zurücktreten muß.

Aus neueren Gesetzen seien noch folgende Anzeige- bezw. Auskunftspflichten genannt: § 9 des Gesetzes zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten vom 18. Febr. 1927, § 3 Abs. 2 Ziff. 2 des Ges. über Feuerbestattung vom 15. Mai 1934, § 7 Abs. 2 des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 14. Juli 1933, Art. 3 Abs. 4, Art. 8 und 9 der ersten AVO. vom 5. Dez. 1933, Art. 8 Abs. 1, Art. 12 und 14 der 4. AVO. vom 18. Juli 1935, Art. 2 Abs. 2 der 5. AVO. vom 25. Febr. 1936 zum Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses, § 2 Abs. 2 und 3 der ersten AVO. vom 29. Nov. 1935 zum Ehegesundheitsgesetz vom 18. Okt. 1935 und endlich § 17 Abs. 1 Ziff. 3, § 18 Abs. 4 des Personenstandsgesetzes vom 3. Nov. 1937.

Offenbart der Schweigepflichtige im Wege jener gebotenen Anzeigen Berufsgeheimnisse, so ist er hierzu stets befugt, ohne erst prüfen zu müssen, ob das bedrohte Rechtsgut überwiegt. Denn durch eine Anzeigepflicht, die keine Durchbrechung vorsieht, bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, daß er auf ihrer Erfüllung unter allen Umständen bestehen will, selbst auf die Gefahr hin, daß durch eine damit notwendig verbundene Geheimnisoffenbarung unabsehbarer Schaden entsteht. Der Schweigepflichtige kann deshalb bei Erfüllung von Rechtspflichten davon ausgehen, daß der durch die etwaige Nichtbefolgung jener Pflichten drohende Schaden in jedem Falle größer ist als der, der durch die Geheimnisoffenbarung zu erwarten ist. Hier hat der Gesetzgeber selbst die Güterabwägung vorgenommen.

Da allerdings in Einzelfällen bei der Erfüllung der Anzeigepflicht gemäß § 139 StGB. durch Offenbarung des Berufsgeheimnisses ein größerer Schaden entstehen kann als durch Unterlassung der Anzeigepflicht, sieht das künftige Strafrecht folgende Ausnahmebestimmung vor: „Wer eine Anzeige unterläßt, die er gegen einen Angehörigen erstatten müßte, ist straffrei, wenn er sich ernst-

lich bemüht hat, ihn von der Tat abzuhalten oder den Erfolg abzuwenden und wenn es sich nicht um eine mit dem Tode bedrohte Handlung handelt. Unter denselben Voraussetzungen ist ein Rechtsanwalt, Verteidiger oder Arzt straffrei, der nicht anzeigt, was ihm bei Ausübung seines Berufes anvertraut worden ist“[1]).

2. Die Geheimnisoffenbarung ist ferner dann nicht unbefugt, wenn sie geschieht zur Erfüllung einer sittlichen Pflicht oder sonst zu einem nach gesundem Volksempfinden berechtigten Zweck und wenn dabei das bedrohte Rechtsgut überwiegt.

Wann eine sittliche Pflicht oder ein nach gesundem Volksempfinden berechtigter Zweck anzunehmen ist, bemißt sich nach dem Empfinden der rassisch und völkisch gesunden deutschen Volksteile. Da die nationalsozialistische Weltanschauung den höchsten und reinsten Ausdruck jenes Volksempfindens darstellt, ist letztlich die Frage, ob eine sittliche Pflicht oder ein berechtigter Zweck die Offenbarung des Berufsgeheimnisses gebietet, nach ihren Grundsätzen zu beurteilen.

Liegt nur eine sittliche Pflicht oder ein berechtigter Zweck zum Offenbaren vor, so wird die Frage, ob eine Offenbarungs-„Befugnis“ anzunehmen ist durch die Güterabwägung entschieden. Der Schweigepflichtige muß in jedem Einzelfall prüfen, ob der Pflicht zu schweigen eine höhere Pflicht zu reden gegenübersteht. Dabei hat er davon auszugehen, daß das Berufsgeheimnis eine der stärksten Stützen ist, die dem Arzt — Apotheker — den Dienst an der Volksgesundheit erst ermöglicht, daß es deshalb grundsätzlich unverletzlich ist. Er wird sich deshalb stets zunächst fragen, ob er der Pflicht, die er durch die Geheimnisoffenbarung erfüllen will, nicht auf andere Weise genügen kann. Erkennt er dabei, daß die Geheimnisverletzung unbedingt erforderlich ist, um den durch ein weiteres Schweigen drohenden Schaden abzuwenden, hat er ferner zu prüfen, ob nicht dieser Nachteil in Kauf genommen werden muß, weil der aus dem Geheimnisbruch

1) Gürtner, S. 338.

drohende Schaden größer ist. Erst wenn er nach Ueberprüfung jener Gesichtspunkte zu dem Ergebnis kommt, daß eine weitere Geheimhaltung unverantwortlich wäre, darf er offenbaren.

Im übrigen ist es jeweils Frage des Einzelfalles, wann die Pflicht zum Schweigen oder zum Reden vorgeht. Das Leben ist derart vielgestaltig, daß sich bestimmtere Anhaltspunkte für die Lösung solcher Interessen und Pflichtenwiderstreite nicht aufstellen lassen.

Abschließend ist zwecks Begrenzung dieses Abschnittes besonders zu beachten, daß die gesetzliche Regelung der Offenbarungsbefugnis in § 13 Abs. 3 RAeO. bezw. § 24 Abs. 3 RApO. keine sachliche Aenderung gegenüber § 300 StGB., sondern lediglich eine Klarstellung der bisher von Rechtslehre und Rechtsprechung herausgearbeiteten Grundsätze bedeutet[1]).

Berufsgeheimnis und Zeugnispflicht.

I.

Durch die Neufassung der Schweigepflicht des Arztes und Apothekers in § 13 RAeO. bezw. § 24 RApO. darf m. E. auch die viel umstrittene Frage als gelöst gelten ob durch die §§ 53, 76 StPO., §§ 383, 408 ZPO. die Offenbarung des Berufsgeheimnisses gerechtfertigt wird oder nicht.

1. Aufgrund von § 383 Ziff. 5 ZPO. sind zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt: Personen, welchen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes Tatsachen anvertraut sind, deren Geheimhaltung durch die Natur derselben oder durch gesetzliche Vorschrift geboten ist, in Betreff der Tatsachen, auf welche die Verpflichtung zur Verschwiegenheit sich bezieht.

§ 53 Ziff. 3 StPO. besagt in Ziff. 3: Zur Verweigerung des Zeugnisses sind ferner berechtigt: Rechtsanwälte und Aerzte über das, was ihnen bei Ausübung ihres Berufes anvertraut ist.

1) Gürtner, S. 442 Nr. 3; Kallfelz, S. 1346,

In beiden Fällen dürfen die genannten Personen das Zeugnis dann nicht verweigern, wenn sie von der Verschwiegenheit entbunden sind. (§ 53 Abs. 2 StPO., § 385 Abs. 2 ZPO.).

Für Sachverständige gelten diese Bestimmungen entsprechend § 76 StPO., § 408 ZPO.

2. Die bisher herrschende Lehre[1]) nimmt an, daß der Zeuge, der auf Verlangen des Gerichts eine Aussage über anvertraute Privatgeheimnisse macht, niemals unbefugt im Sinne des § 300 StGB. handelt. Das Recht der Zeugnisverweigerung soll zugleich das Recht der Zeugnisablegung in sich schließen. Dem Zeugen stehe ein Wahlrecht zwischen Reden und Schweigen zu, das er nach seinem Ermessen ausüben dürfe. In Gebrauch dieses gesetzlich gewährten Wahlrechts liege aber keinesfalls eine unbefugte, eine strafbare Handlung[2]). Die Schweigepflicht nach § 300 StGB. sei durch die § 53 StPO., § 383 ZPO. eingeschränkt. Die Verfahrensordnungen sollen demnach dem Zeugen ein unbedingtes gesetzliches Offenbarungsrecht einräumen.

Auch das RG. hat in der Entscheidung vom 8. Juli 1889[3]) diese Auffassung vertreten. In RGSt. 48/270 und RGZ. 54 S. 362 hat es die Frage offen gelassen.

3. Gegen diese Meinung wird eingewendet, daß die Verfahrensordnungen und § 300 StGB. ganz verschiedene Dinge regeln; die ersteren geben dem Zeugen ein Recht zu schweigen, sofern er nicht von der Schweigepflicht entbunden ist, sie geben ihm aber kein Recht zum Reden. Wieweit er ein solches habe, bestimme sich nach allgemeinen materiellen Vorschriften. Seine Aussage vor Gericht bleibe unbefugte Offenbarung, wenn nicht besondere Gründe vorliegen, die sie befugt erscheinen lassen. Der Umstand, daß etwa der Arzt als Zeuge oder Sachverständiger vor Gericht aussagt, sei kein solcher Grund[4]).

1) Olshausen § 300 Anm. 3c; Frank, III 2c; weitere Nachweise siehe bei Löwe-Rosenberg, § 53 Anm. 18.

2) Sauter, S. 248.

3) RGSt. 19/364.

4) Ebermayer, Der Arzt im Recht S, 46; Chorus S. 41.

Diese Auffassung setzt sich im neueren Schrifttum mehr und mehr durch[1]).

4. Durch die Neufassung des Berufsgeheimnisses in § 13 RAeO. bezw. § 24 RApO. ist der Gesetzeswortlaut von § 53 Ziff. 3 StPO. sowie von § 383 Ziff. 5 ZPO. nicht geändert worden. Dieser kann deshalb für eine Entscheidung der angeschnittenen Streitfrage keinen neuen Grund abgeben, der nicht schon in dem umfangreichen Schrifttum bezw. in der Rechtsprechung für oder wider verwertet worden ist. Ein näheres Eingehen auf die Meinungen in dieser Richtung erscheint mir damit als unfruchtbar und überflüssig.

Wenn ich trotzdem der Auffassung bin, daß die umstrittene Frage nunmehr als gelöst gelten darf, so deshalb, weil die Quelle des Streites nicht in der Verfahrensordnung zu suchen ist, sondern im materiellen Rechte.

Ein Hauptverfechter der bisher herrschenden Lehre, Sauter, drückt das klar mit den Worten aus: „Würden die Personen des § 300 über Dinge, die sie innerhalb ihres Berufes kennen gelernt haben, auch vor Gericht nicht aussagen dürfen, so wäre in zahllosen Prozessen die Erforschung des Sachverhaltes und der Erlaß einer richtigen Entscheidung geradezu unmöglich; der Arzt und der Anwalt müßten, wenn nicht in einem seltenen Ausnahmefall Notwehr oder ein sonstiger Rechtfertigungsgrund vorläge, unverbrüchlich schweigen, selbst wenn so hohe Interessen auf dem Spiele stünden, daß ihnen gegenüber das Interesse des Geheimnisträgers an der Diskretion des Zeugen in verschwindender Weise zurücktreten würde“[2]). Diese Lehre hat somit „ihren Grund letztlich darin, daß § 300 keine Ausnahmen von der Geheimhaltungspflicht vorsah“[3]), während doch die Erfahrung lehrte, daß eine Reihe schwer-

1) Löwe-Rosenberg, § 53 Anm. 18; LK. § 300 Anm. 7; Hinterthuer DJ. 1934, S. 381; Kallfelz S. 1346; Schäfer DStR. 1937, S. 200 u. a. DJ. 1936, S. 376.

2) Sauter, a.a.O., S. 249.

3) Schäfer, DJ. 1936, S. 376.

wiegender Interessenkonflikte das Gegenteil forderte. Nur diese lebenswidrige Zwangslage vermochte dem klaren, unzweideutigen Gesetzeswortlaut: „Zur Verweigerung des Zeugnisses sind berechtigt", die weitere Deutung beizumessen, daß der Zeuge auch damit zum Reden berechtigt sei. Kein anderer Grund konnte einer bloßen Verfahrensvorschrift sachlich-rechtliche Wirkung zubilligen. Diese Lösung war nichts anderes als ein mühsam konstruierter Ausweg. Ob er notwendig war, kann dahingestellt bleiben. Durch die RAeO. bezw. RApO. ist er jedenfalls überflüssig geworden. Denn der Abs. 3 des § 13 RAeO. bezw. des § 24 RApO. wonach die Geheimnisoffenbarung nicht unbefugt geschieht, wenn sie zur Erfüllung einer Rechtspflicht oder sittlichen Pflicht oder sonst zu einem nach gesundem Volksempfinden berechtigten Zweck erfolgt und wenn das bedrohte Rechtsgut überwiegt — „gilt ohne Einschränkung, also auch im Verfahren" [1]). Nicht die Verfahrensordnungen gewähren ein Offenbarungsrecht, sondern einzig und allein das materielle Recht [2]). Dasselbe will wohl auch Mittermaier sagen, wenn er ausführt: „Zeugnisverweigerungsrecht bleibt grundsätzlich zulässig. Die neue Bestimmung gibt aber ein Recht zur Aussage" [3]).

Das Reichsgericht [4]) hat bereits für § 300 StBG. die hier vertretene Auffassung anerkannt und „die Ansicht, daß in einer gerichtlichen Zeugenaussage niemals eine unbefugte Offenbarung eines anvertrauten Privatgeheimnisses im Sinne des § 300 StGB. sich vollziehen könne", „bewußter Weise" seine Entscheidung „nicht zugrunde gelegt". Es hat vielmehr auch im Verfahren die Frage, ob die Offenbarung befugt ist oder nicht, davon abhängig gemacht, ob der Zeuge durch seine Aussage höheren sitt-

1) Schäfer, DStR. 1937, S. 200.

2) Gaupp-Stein-Jonas, § 383 Ziff. 5 Anm. III, Ebermayer, S. 46, Löwe-Rosenberg, § 53 Anm. 18.

3) Mittermaier, S. 154 Abs. 4; ebenso Neukamp S. 83.

4) RGZ. 53/316.

lichen Pflichten genügt, „vor denen die Verpflichtung zur Verschwiegenheit zurücktreten muß“ [1]).

Diese Auffassung hat sich nunmehr auch der erste Strafsenat des RG. in dem Urteil vom 17. Nov. 1936, D 793/36 [2]) für das neue Recht zu eigen gemacht und damit die frühere Rechtsprechung der Strafsenate [3]) aufgegeben. Wenn das RG. in dieser Entscheidung auch nicht auf die aufgeworfene Frage eingeht, so ist seine Haltung doch klar und unzweideutig aus folgenden Ausführungen zu entnehmen: „Die Aerzte waren also berechtigt, über das, was ihnen die Käthe B. anvertraut hatte, das Zeugnis zu verweigern, andererseits aber auch (unter Berücksichtigung der im damals bereits geltenden § 13 RAeO. aufgestellten Maßstäbe) berechtigt, Zeugnis abzulegen (§ 13 RAeO. spricht hier zwar nur von „Straffreiheit“ damit kann aber nur gemeint sein, daß in solchen Fällen die Preisgabe des Geheimnisses nicht „unbefugt“, d. i. nichts rechtswidrig ist“).

Denn demnach sind die Aerzte nicht unbedingt berechtigt, Zeugnis abzulegen, wie RGSt. 19/364 und die bisher herrschende Lehre annahm, sondern nur unter Berücksichtigung der im § 13 RAeO. aufgestellten Maßstäbe. Nicht die StPO. gewährt das Offenbarungsrecht, sondern allein das materielle Recht. Deshalb hat auch die Belehrung durch den Vorsitzenden über das Zeugnisverweigerungsrecht richtig dahin zu gehen, daß die Aerzte bei ihrer Entschließung, ob sie das Zeugnis verweigern wollen oder nicht, „an die ihnen kurz mitzuteilende Sachlage die in § 13 RAeO. festgelegten Maßstäbe anzulegen“ [4]) haben.

Auch das kommende deutsche Strafrecht hat dem Verrat fremder Geheimnisse die dargelegte Auffassung zugrunde gelegt.

II.

1. Der Arzt und Apotheker darf das Zeugnis nicht verweigern, wenn er von der Verpflichtung zur Verschwie-

1) RGZ. a.a.O.
2) RGSt. 71/21, JW. 1937 S. 629.
3) RGSt. 19/365. 4) RG. a.a.O.

genheit entbunden ist. (§ 53 Abs. 2 StPO. bezw. § 385 Abs. 2 ZPO.). Denn damit entfällt der Geheimhaltungswille. Es liegt kein Geheimnis mehr vor[1]). Der Geheimhaltungsberechtigte hat es selbst preisgegeben[2]).

Die Entbindung von der Schweigepflicht kann jedoch jederzeit, also auch insbesondere im Prozeß, widerrufen werden[3]), solange das anvertraute oder zugänglich gewordene fremde Geheimnis noch als solches anzusehen ist[4]). Denn „im allgemeinen ist kein Grund anzuerkennen, der es rechtfertigen könnte, einem Kranken das Recht zu einem Widerruf der Erklärung zu versagen, durch die er den Arzt von der Schweigepflicht entbunden hat“ [5]).

Im übrigen gilt für die Einwilligung bei der Zeugenvernehmung das gleiche wie außerhalb des Verfahrens.

Durch die Einwilligung wird der Arzt oder Apotheker kraft Gesetzes verpflichtet, Zeugnis abzulegen. Der Grund hierfür liegt darin, daß durch die Entbindung von der Schweigepflicht die Voraussetzung für das gewährte Zeugnisverweigerungsrecht weggefallen ist; nämlich die Pflicht, das Berufsgeheimnis zu wahren. Mit dem Ende der Geheimhaltungspflicht tritt die gesetzliche Zeugnispflicht im vollen Umfange wieder in Kraft. Die Anregung Hinterthuers[6]), von der Berücksichtigung einer Einwilligung überhaupt ausdrücklich abzusehen, erscheint m. E. unbegründet.

2. Hier taucht die Frage auf, ob diesem Satze allgemeine Bedeutung zukommt oder ob er auf die Offenbarungsbefugnis der Einwilligung beschränkt bleiben muß, genauer gefaßt: Besteht für den Arzt oder Apotheker eine Rechtspflicht zur Aussage vor Gericht, wenn die Geheimnisoffenbarung auf Grund § 13 Abs. 3 RAeO. bezw. § 24 Abs. 3 RApO. nicht unbefugt wäre?

---

1) Hellwig, DmWschr. 1936, S. 153.
2) Hinterthuer, a.a.O., S. 828.
3) RGSt. 57/66.
4) Löwe-Rosenberg § 53 Note 20.
5) RGSt. a.a.O.
6) DJ. 1934 S. 831.

Der Wortlaut von § 53 Abs. 1 Z. 3 StPO. scheint eine Erörterung dieser Frage von vornherein zu verbieten. Denn darnach gewährt das Gesetz das Zeugnisverweigerungsrecht offenbar uneingeschränkt. Die Wendung in § 383 Abs. 1 Z. 5: „in betreff der Tatsachen, auf welche die Verpflichtung zur Verschwiegenheit sich bezieht", könnte zur Begründung der aufgeworfenen Frage im bejahenden Sinne verwertet werden. Doch ist streitig, ob ihr diese Bedeutung zukommt[1]). Gaupp-Stein-Jonas[2]) verneinen die Aussagepflicht mit der Begründung, daß nicht § 300 StGB., sondern § 385 ZPO. die Fälle begrenzt, in denen das Verweigerungsrecht zurücktritt. Nicht das materielle Recht, sondern allein das Verfahrensrecht bestimme den Umfang der Aussagepflicht. „Daß sie" (Arzt, Apotheker und die Gehilfen) „strafrechtlich nur verantwortlich sind, wenn sie die Privatgeheimnisse unbefugt offenbaren, komme für ihr Recht zur Zeugnisverweigerung nicht in Betracht"[3]). Demnach könnte etwa daraus, daß die Aussage wegen sittlicher Pflicht nicht als unbefugt strafbar wäre, die Pflicht zur Aussage nicht hergeleitet werden. Dieselbe Auffassung scheint Schäfer[4]) auch für das neue Recht zu vertreten: „Eine Rechtspflicht zur Aussage besteht für den Arzt mit Rücksicht auf sein Zeugnisverweigerungsrecht (§ 385 ZPO., § 53 StPO.) nicht: aber wenn er aussagt, so kann er damit einer sittlichen Pflicht genügen, zumindesten jedenfalls dadurch, daß er zur Aufklärung des Sachverhalts beiträgt, einem nach gesunden Volksempfinden berechtigten Zweck verfolgen"[5]).

Gegen die Entscheidung der aufgeworfenen Frage vom Verfahrensrecht her wendet sich das Reichsgericht in dem Beschluß vom 19. Januar 1903[6]): „Diese Berechtigung" — nämlich aufgrund von § 383 Abs. 1 Z. 5 das Zeugnis zu verweigern — „reicht nach dem Gesetze so-

1) Vgl. Sauter, a.a.O., S. 255.
2) A.a.O., Anm. III.
3) A.a.O.
4) DJ. 1936, S. 376.
5) Schäfer a.a.O.
6) RGZ. 53/315.

weit, wie sich die Verpflichtung des betreffenden Zeugen zur Verschwiegenheit erstreckt; oder um in Beziehung auf Aerzte mit den Worten des § 300 StGB. zu reden: es kommt hier darauf an, ob es sich um ein anvertrautes Privatgeheimnis eines Dritten handelt und ob dessen Offenbarung unbefugter, als rechtswidrigerweise geschehen würde".

Entfällt demnach die Schweigepflicht oder hat sie hinter höhere Pflichten zurückzutreten, sodaß die Geheimnisoffenbarung aufgrund § 13 Abs. 3 RAeO. bezw. § 24 Abs. 3 RApO. nicht unbefugt wäre, so endigt damit auch das Zeugnisverweigerungsrecht. Das kann aber nur bedeuten, daß die allgemeine Aussagepflicht wieder in vollem Umfange in Kraft tritt; und zwar als Rechtspflicht.

Dieser Auffassung ist beizutreten. Sie allein entspricht dem Sinne und Zweck des Zeugnisverweigerungsrechts und des Berufsgeheimnisses. Das Verfahrensrecht ist nicht Selbstzweck, sondern nur Mittel zu einem höheren Zweck. Es dient dazu, dem materiellen Recht zum Siege zu verhelfen. Die Aussagepflicht gewährleistet die Erforschung der Wahrheit und damit den Erlaß einer richtigen Entscheidung, das Zeugnisverweigerungsrecht leiht den Schutz vor dem Zwang, das Berufsgeheimnis preiszugeben. Hat im Einzelfalle die Wahrung der Schweigepflicht hinter der Erforschung der Wahrheit zurückzutreten, so entfällt die Voraussetzung für das Zeugnisverweigerungsrecht und damit diese selbst.

Was hier für § 383 Abs. 1 ZPO. ausgeführt ist, hat grundsätzlich auch für § 53 Z. 3 StPO. zu gelten. Denn nicht der Wortlaut des Gesetzes ist entscheidend, sondern dessen wahrer Sinn und Zweck. Dieser ist aber dem Zeugnisverweigerungsrecht in beiden Verfahrensordnungen gemeinsam. Lediglich die Grenze zwischen Aussagepflicht und Schweigepflicht verschiebt sich im Strafverfahren zu Gunsten der Aussagepflicht[1]). Nur das hat das Gesetz durch die verschiedene Fassung des Zeugnisverweigerungsrechtes in § 53 StPO. und § 383 ZPO. zum Aus-

1) Kallfelz, S. 1346.

druck bringen wollen. Nicht aber, daß im Strafverfahren im Gegensatze zum Streitverfahren das Recht der Zeugnisverweigerung uneingeschränkt gewährt sein soll. Deshalb hat auch hier zu gelten: mit dem Ende der Geheimhaltungspflicht tritt die Zeugnispflicht in vollem Umfange wieder in Kraft[1]) und zwar als Rechtspflicht. Nur so läßt sich die Folgerung Schäfers[2]) rechtfertigen, daß der Arzt nach § 13 Abs. 3 RAeO. aussagen darf „und gegebenenfalls aussagen muß".

Die gegenteilige Ansicht der herrschenden Lehre kann m. E. aufgrund des neuen Rechts nicht mehr aufrechterhalten werden. Sie war offenbar bedingt durch die oben widerlegte Auffassung, die Geheimnisoffenbarung anläßlich der Zeugenaussage sei niemals unbefugt. Nur unter dieser Voraussetzung war zu erwarten, daß der Arzt nur in seltenen Ausnahmefällen von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch machen werde, im übrigen aber aussage. Da aber nach der Neufassung der Schweigepflicht auch im Verfahren für den Arzt die Gefahr besteht, durch unbefugte Geheimnisverletzung straffällig zu werden, wird er in Zweifelsfällen stets eher dazu neigen, das Zeugnis zu verweigern. Die Folge wäre eine erhebliche Verschlechterung der Rechtspflege, was gerade durch die bisher herrschende Lehre von der Offenbarungsbefugnis des Zeugen vermieden werden sollte.

Das Reichsgericht geht in dem Urteil vom 17. Nov. 36[3]) auf diese Frage nicht ein, wenn es ausführt: „Eine Pflicht zur Aussage ... ist auch im § 13 RAeO. außer für den Fall des § 53 Abs. 2 StPO. und für hier nicht in Betracht kommende sonstige Ausnahme-Fälle, z. B. gemäß § 139 StGB., nicht vorgesehen." Der Sinn dieses Satzes ist keineswegs eindeutig. Zunächst ist richtig, daß § 13 RAeO. keine Aussagepflicht vorsieht. Dies widerspräche auch völlig dem Wesen dieser Vorschrift. Denn sie soll das Berufsgeheimnis schützen und die Offenba-

1) Im Ergebnis ebenso Kallfelz, a.a.O.
2) DStR. 1937, S. 199.
3) RGSt. 71/21.

rung nur ausnahmsweise gestatten, wenn höhere Pflichten der Schweigepflicht zuwiderlaufen. Demnach ist es m. E. aber verfehlt zu sagen, eine Aussagepflicht sei im § 13 RAeO. nicht vorgesehen, außer für den Fall des § 53 Abs. 2 StPO. und für hier nicht in Betracht kommende sonstige Ausnahmefälle, z. B. gemäß § 139 StGB" [1]). Denn auch die aufgeführten Aussagepflichten sind, nicht in § 13 RAeO. als solche vorgesehen, sondern in den angezogenen Bestimmungen selbst begründet. Im übrigen geht die RG-Entscheidung auf die aufgeworfene Frage überhaupt nicht ein. Sie kann deshalb weder für noch wider verwertet werden.

3. Die Frage, ob die Pflicht zur Aussage oder zur Verschwiegenheit überwiegt, hat zunächst der Zeuge nach seinem pflichtgemäßen Ermessen zu entscheiden. Es ist keineswegs mehr so, daß etwa der Arzt aus Bequemlichkeit sich allen lästigen Konflikten dadurch entziehen kann, daß er sich einfach stets für die Schweigepflicht entscheidet. Es ist vielmehr, wie Kallfelz [2]) mit Recht betont, eine wesentliche und ernste Berufspflicht des Arztes sich erst nach gewissenhafter Prüfung in jedem einzelnen Falle für oder wider zu entscheiden.

Vor Inkrafttreten der RAeO. bezw. RApO. nahm die h. L. an, der Zeuge allein habe darüber zu entscheiden, ob und inwieweit er der Zeugnis- oder der Schweigepflicht den Vorzug zu geben habe. Der den Zeugen vernehmende Richter habe den Beweggrund der Zeugnisverweigerung nicht zu prüfen. Das gilt ziemlich ausnahmslos für die Strafrechtslehre [3]), während im Schrifttum und in der Rechtsprechung des Zivilprozesses Streit herrscht [4]).

Für das neue Recht kann m. E. die bislang h. L. nicht mehr aufrecht erhalten werden.

Geht man davon aus, daß auch durch die Zeugen-

1) RGSt. a.a.O.

2) A.a.O., S. 1347.

3) RGSt. 57/64; Löwe-Rosenberg, Anm. 18, auch f. d. neue R.

4) Baumbach, § 383 Anm. 1; Gaupp-Stein-Jonas, § 383 Anm. 3 andererseits RGZ. 53/315.

aussage das Berufsgeheimnis unbefugt offenbart werden kann, daß auf der anderen Seite gegebenenfalls der Zeuge verpflichtet ist auszusagen, so erscheint es unerläßlich den Arzt bezw. Apotheker im Einzelfall aus der Zwangslage des Pflichtenwiderstreites zu befreien oder ihn, wenn nötig zur Erfüllung der Aussagepflicht zu zwingen. Das erheischt die Rechtspflege und nicht minder der Arzt und Apotheker selbst, soll er sich nicht vor der Strafdrohung in das Schneckenhaus des Zeugnisverweigerungsrechts zurückziehen. Die Meinung der Gegner der hier vertretenen Ansicht, verrät zwar eine ungemein hohe Auffassung von der Fähigkeit, Einsicht und dem guten Willen des Zeugen den Pflichtenwiderstreit zutreffend zu lösen, wenn sie ausführt: „Denn da eine befriedigende Lösung dieser Interessenkollision meist von den Besonderheiten des einzelnen Falles abhängt", „wurde es dem pflichtgemäßen Ermessen des Zeugen selbst anheimgegeben, nach sorgfältiger Würdigung aller konkreten Verhältnisse darüber zu entscheiden, ob er dem Gericht die gewünschte Auskunft erteilen oder seinem Schützling die geschuldete Treue auch vor Gericht noch halten soll: Gewissen und Taktgefühl der Vertrauensperson haben das Interesse des Staates, die begangene Gesetzesverletzung zu sühnen und den Bürger gegen Unrecht zu schirmen und auf der anderen Seite das gleichfalls Anerkennung begehrende Interesse des Privaten, sein Geheimnis gegen Verrat sicher zu wissen, gegen einander abzuwägen; der Zeuge wird dabei sowohl Lage wie Wichtigkeit des Prozeßes wie Natur und Bedeutung des in Frage stehenden Geheimnisses berücksichtigen und je nach dem Ergebnisse dieser Prüfung sein Verhalten einrichten" [1]). Aber abgesehen davon, daß der gute Wille auch fehlen kann, was schon die Strafdrohung des § 13 RAeO. bezw. § 24 RApO. beweist, ist nicht anzuerkennen, daß der Zeuge stets den Pflichtenwiderstreit im Verfahren so zu lösen vermag, wie es die Rechtspflege gebietet. Dazu fehlen ihm die sachlichen Voraussetzungen. Die letzte Entscheidung muß des-

1) Sauter, S. 249/250.

halb allein beim Richter liegen[1]). Seine Aufgabe ist es, die materielle Wahrheit zu erforschen. Er allein vermag im Einzelfalle zu entscheiden, ob ein Zeuge vor Gericht das Berufsgeheimnis offenbaren muß oder nicht.

Diese Auffassung hat der 6. Zivilsenat des RG. in dem Beschluß vom 19. Jan. 1903 bereits für § 300 StGB. vertreten, wo er die aufgeworfene Frage sachlich geprüft und entschieden hat. Was dort für das Streitverfahren gesagt ist, muß naturgemäß erst recht für das Strafverfahren gelten, weil hier das öffentliche Interesse die Erforschung der materiellen Wahrheit ganz besonders gebietet.

III.

Nach den Ausführungen über das grundsätzliche Verhältnis von Berufsgeheimnis und Zeugnispflicht bleiben noch einige Einzelheiten zu erörtern.

1. Im Streitverfahren stand schon bisher das Zeugnisverweigerungsrecht dem Arzt, Apothekenleiter, sowie deren berufsmäßigen Gehilfen bezw. pharmazeutischen Mitarbeitern zu[2]). M. E. ist dieses Recht sämtlichen in § 13 Abs. 2 RAeO. bezw. § 24 Abs. 1 und 2 RApO. genannten Personen zuzubilligen.

a) Die Personen, „die zur Vorbereitung auf den Beruf an der berufsmäßigen Tätigkeit teilnehmen (§ 13 Abs. 2 S. 1 RAeO.) fallen wie die Gehilfen unmittelbar unter § 383 Abs. 1 Z. 5 ZPO. Ihnen werden die Tatsachen „kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes“ anvertraut. Dasselbe gilt für die Personen, die zur Vorbereitung auf den Beruf oder sonst in der Apotheke im Betriebe tätig sind. (§ 24 Abs. 1 RApO.).

b) Aber auch denen, die strafbar sind, wenn sie „nach dem Tode des zur Wahrung des fremden Geheimnisses nach Abs. 1 Verpflichteten das von dem Verstorbenen

1) So schon für § 300 StGB.; Hinterthuer, S. 832, für das neue Recht: Mittermaier, S. 154, Neukamp, S. 53; Kallfelz, S. 1347.

2) Gaupp-Stein-Jonas, Anm. 3, OLG. Bd. 35/86.

oder aus dessen Nachlaß erlangte Geheimnis unbefugt offenbaren" bezw. „veröffentlichen" wie die RAeO. sich ausdrückt, muß sinngemäß das Zeugnisverweigerungsrecht gewährt werden. Das ergibt sich aus dem oben dargelegten Zweck, des Zeugnisverweigerungsrechts, den Kranken davor zu schützen, daß sein Geheimnis in jedem Streitverfahren von noch so geringer Bedeutung ohne weiteres preisgegeben werden darf, obwohl der etwaige Nutzen der Offenbarung in keinem Verhältnis zu deren Schaden für den Kranken, sonst Dritten und die Gesundheitspflege im allgemeinen steht. Dem trug das OLG. Posen[1]) schon im Jahre 1917 Rechnung und sprach nach dem Tode des Arztes dessen Testamentsvollstrecker die Befugnis zu, das dem Arzte anvertraute Geheimnis zu bewahren und erklärte ihn demgemäß für berechtigt, insoweit das Zeugnis zu verweigern. Mit umso mehr Grund ist dieses Recht den angeführten Personen zuzubillligen, die nicht nur befugt, sondern nach neuem Recht sogar bei Strafe verpflichtet sind, das Berufsgeheimnis zu wahren. Sie sind nach dem Tode des Arztes — Apothekers — die Hüter des Geheimnisses, das sie nur unter den Voraussetzungen von § 13 RAeO. bezw. § 24 Abs. 3 RApO. offenbaren dürfen.

Eine Gefahr für die Rechtspflege droht aus der sinngemäßen Ausdehnung des Zeugnisverweigerungsrechts schon deswegen nicht, weil der Richter jederzeit in der Lage ist, die Aussage durch Beschluß zu fordern, wenn etwa höhere sittliche Pflichten die Offenbarung gebieten und der Schaden, der durch die Zeugnisverweigerung droht, den Schaden aus der Geheimnisverletzung überwiegt.

Das ist bereits nach dem geltenden Streitverfahrensrecht anzunehmen.

2. Für das Strafverfahren muß dieselbe Regelung gefordert werden.

Nach geltendem Recht steht ein Zeugnisverweigerungsrecht lediglich dem Arzte zu. (§ 53 Abs. 1 Z. 3

1) OLG. 35/86.

StPO.). Dieses Recht kann entgegen dem ausdrücklichen klaren Gesetzeswortlaut nicht durch Auslegung oder rechtsähnliche Anwendung auf Apotheker und Gehilfen ausgedehnt werden, weil es eine Ausnahmebestimmung darstellt, die demnach eng auszulegen ist. Das muß dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben. Daß die Gesetzesänderung insoweit notwendig ist, zeigt bereits der „Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch und zum Strafvollzugsgesetz" vom 30. Mai 1930. Nach Art. 70 Z. 25 soll nämlich in dem neugefaßten § 53 Nr. 2 und 3 StPO. ein Zeugnisverweigerungsrecht aus Gründen des Berufsgeheimnisses all den Personen eingeräumt werden, die nach § 325 des Entwurfes eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches von 1927 zur Wahrung von Privatgeheimnissen verpflichtet sind. Da der § 325 unter Beschränkung auf die Aerzte fast wörtlich in die RAeO. übernommen worden ist, mag die vorgeschlagene Neufassung des § 53 Nr. 2 und 3 StPO. im Wortlaut angeführt werden: „2. Personen, die berufsmäßig die Heilkunde, die Krankenpflege, die Geburtshilfe oder das Apothekergewerbe ausüben, oder die berufsmäßig andere Personen in Rechtsangelegenheiten beraten, vertreten oder verteidigen, über das, was ihnen bei Ausübung dieses Berufes anvertraut oder zugänglich geworden ist.

3. Die Gehilfen der in Nr. 2 bezeichneten Personen, sowie Personen, die zur Vorbereitung auf den Beruf an ihrer berufsmäßigen Tätigkeit teilnehmen über das, was ihnen in dieser Eigenschaft anvertraut oder zugänglich geworden ist".

Vorläufig steht den sämtlichen Personen, die aufgrund § 13 RAeO., wie in § 24 RApO. schweigepflichtig sind, mit Ausnahme des Arztes nur das Auskunftsverweigerungsrecht gemäß § 55 StPO. zu [1]). Davon sind auch die nicht auszunehmen, die aufgrund § 13 Abs. 2 RAeO. und § 24 Abs. 2 RApO. zur Geheimhaltung verpflichtet sind. Das übersieht offenbar Neukamp [2]).

1) Vgl. auch Neukamp, S. 83.
2) A.a.O.

IV.

Wann jeweils die Pflicht zur Aussage oder zur Verschwiegenheit überwiegt, kann nur nach den besonderen Umständen unter Berücksichtigung der Richtlinien von § 13 Abs. 3 RAeO. bezw. § 24 Abs. 3 RApO. entschieden werden.

In diesem Zusammenhang sei noch auf § 7 Abs. 2 S. 2 des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 14. Juli 1933 hingewiesen. Darnach sind „Aerzte die als Zeugen oder Sachverständige vernommen werden", „ohne Rücksicht auf das Berufsgeheimnis zur Aussage verpflichtet". Hier hat der Gesetzgeber den Pflichtenwiderstreit selbst von vornherein entschieden. Das konnte er, weil der Durchsetzung des genannten Gesetzes der Schaden, der aus der Geheimnisoffenbarung entstehen kann, selten so groß sein kann wie der, der aus dem Schweigen stets droht, nämlich: Gefährdung des rassischen Erbgutes des deutschen Volkes.

Der Strafantrag.

I.

„Die Tat wird nur auf Antrag des Verletzten verfolgt". (§ 13 Abs. 4 RAeO., § 24 RApO.).

Das neue Recht hat also am Antragserfordernis festgehalten. Offenbar wollte der Gesetzgeber der endgültigen Gestaltung der Beteiligung des Verletzten am Strafverfahren im künftigen Recht nicht vorgreifen.

Gegenüber dem bisherigen Recht bedeutet der neue Gesetzeswortlaut des Abs. 4 keine sachliche Aenderung. Er stellt lediglich klar, was schon von jeher gemäß §§ 61—65 StGB. ohne Widerspruch angenommen wurde: Antragsberechtigt ist nur der „Verletzte".

Wer jeweils durch den unbefugten Geheimnisbruch als „verletzt" zu gelten hat, war nach altem Recht sehr umstritten[2]).

1) Vgl, des näheren Gürtner, S. 564 ff.
2) Vgl. im einzelnen, LK. Anm. 9.

Auch das neue Berufsgeheimnis scheint in dieser Richtung auf den ersten Blick keine Klarstellung gebracht zu haben. Kallfelz[1]) übernimmt aus der Rechtslehre des § 300 StGB. unbesehen eine Ansicht und hält für antragsberechtigt sowohl denjenigen, der das Geheimnis anvertraut hat, als auch den, dessen Interessen durch die Offenbarung verletzt werden, soweit es sich hierbei um verschiedene Personen handelt.

Das läßt aber das neue Recht m. E. nicht zu, wenn auch der Abs. 4 keine sachliche Aenderung gegenüber dem alten Recht bringt, so veranlaßt doch die sonstige Neufassung des Gesetzeswortlautes zu einer bestimmten Auslegung des Begriffes „Verletzter". Bei Antragsvergehen ist stets nur der verletzt, der durch dasselbe „in seinem Recht verletzt ist"[2]), d. h. der Träger des durch das Vergehen angegriffenen Rechtsguts"[3]). Das ist hier nur der, dessen Geheimnis der Arzt bezw. Apotheker unbefugt offenbart hat.

Das gilt auch dann, wenn der, durch den der Schweigepflichtige das Geheimnis erlangt hat, von dem, den es betrifft, verschieden ist. Denn nach dem neuen Recht kann es auf den Vermittler der geheimen Tatsache überhaupt nicht ankommen, wie bereits dargelegt ist.

So sind die Angehörigen des Kranken nicht verletzt, wenn der Arzt Tatsachen ausplaudert, die ihm von jenen anvertraut worden sind, aber nur den Kranken betreffen. Hat eine Frau dem Arzt mitgeteilt, daß ihre kranke, von diesem behandelte Tochter bereits einen Abgang hatte, — die Tochter selbst hatte es dem Arzt aus Scham verschwiegen — so ist bei Offenbarung dieses Geheimnisses nur die Tochter, nicht die Mutter, verletzt.

Umgekehrt ist nur der Dritte, nicht der mitteilende Kranke verletzt, wenn der Schweigepflichtige Tatsachen offenbart, die ihm durch den Kranken bekannt geworden sind aber nur den Dritten betreffen. Teilt etwa ein Pa-

1) S. 1347.
2) RGSt. Bd. I, S. 371.
3) RGSt. 13/60.

tient dem Arzte mit, daß auch seine Geliebte geschlechtskrank sei — er sei von ihr angesteckt worden —, so ist nur diese im Falle eines Geheimnisbruches antragsberechtigt, nicht auch der Patient. Denn die offenbarte Tatsache betrifft nicht ihn, sondern seine Geliebte. Es ist also nur ihr Geheimnis. Ueber dessen Geheimhaltung ist diese allein verfügungsberechtigt. Erst wenn durch die Offenbarung auch bekannt wird, daß die Kenntnis des Arztes von jenem Patienten herrührt, ist auch dieser verletzt, vorausgesetzt, daß er die Tatsache seiner Erzählung gegenüber dem Arzt geheimhalten wollte und will.

Es geht nicht an, daß jemand, der fremde Geheimnisse dem Arzt (Apotheker) anvertraut, darüber zu entscheiden hat, ob der Schweigepflichtige wegen deren unbefugter Offenbarung strafrechtlich verfolgt werden solle oder nicht. Diese Befugnis muß allein dem Geheimnisherren vorbehalten bleiben.

In Fällen, bei denen der Arzt infolge Bewußtlosigkeit oder Delirium des Kranken Geheimnisse Dritter durch diesen, aber ohne dessen Willen und Wissen erlangt, wäre es noch weniger verständlich, wollte man hier den Kranken bei Geheimnisbruch als „verletzt" ansehen. Man denke insbesondere an Amts- und Betriebsgeheimnisse.

II.

Das Antragsrecht ist höchstpersönlich, geht also grundsätzlich nicht auf die Erben über[1]). § 13 RAeO. und § 24 RApO. machen davon keine Ausnahme[2]). Stirbt demnach der Träger des Geheimnisses, so erlischt sein Antragsrecht obwohl die Schweigepflicht unvermindert fortdauert[3]). Die Folge ist, daß der Geheimnisbruch nach dem Tode des Geheimnisherrn zwar immer noch eine strafbare Handlung darstellt, aber mangels Strafantrags nicht verfolgt werden kann.

1) LK. § 61 Anm. 9; RGSt. 11/54.
2) Kallfelz S. 1547; Hellwig, DmWschr. 1936, S. 153, Schäfer, DStr. 1937 S. 200.
3) Kallfelz, S. 1545; RGSt. 71/21; Schläger in Med. Klin. 1936, S. 1487.

Das war schon die Rechtslage unter § 300 StGB. Die Schweigepflicht war damit eine lex imperfecta. Der Arzt konnte nach dem Tode des Patienten dessen Geheimnisse unbekümmert ausplaudern, ohne Strafe für sein zweifellos verwerfliches Verhalten fürchten zu müssen. Um diesen offenbaren Mißstand zu beseitigen, beschritt ein Teil der Rechtslehre einen Ausweg und erkannte die nächsten Angehörigen des Geheimnisherren nach dessen Tod als antragsberechtigt an[1]).

Diese Ansicht blieb aber vereinzelt. Sie wurde insbesondere in der Rechtsprechung abgelehnt[2]) mit der Begründung, daß die Angehörigen um dieser Eigenschaft willen allein nicht Verletzte sein können. Das RG. hat diesen Standpunkt in dem Urteil vom 17. Nov. 1936[3]) auch für das neue Recht aufrechterhalten und die oben dargelegte Gegenmeinung ausdrücklich abgelehnt[4]), allerdings ohne nähere Begründung. Seine Ausführungen gelten dem dort zur Entscheidung vorliegenden Falle entsprechend, vor allem der Frage, ob der Arzt nach dem Tode des Patienten von dessen Angehörigen der Schweigepflicht enthoben werden kann. Aber die Bezugnahme auf die Rechtsprechung für § 300 StGB. besagt nicht minder deutlich, daß sich die Rechtslage bezüglich des Antragrechts nach dem Tode des eigentlich „Verletzten" durch das neue Recht in keiner Weise geändert hat. Dieser Ansicht ist beizutreten.

Gegen die Meinung des RG. wendet sich Schäfer[5]). Dieser will den Kreis der Antragsberechtigten auch auf die in § 189 Abs. 3 StGB. genannten Angehörigen des Verstorbenen ausdehnen. Seine Begründung hierfür ist kurz folgende:

Es sei nicht der Wille des Gesetzes, den Geheimnisbruch nach dem Tode des Geheimnisträgers straflos

1) Vgl. insbes. Sauter, S. 141 ff.

2) RGSt. 71/21.

3) Vgl. RG. in Recht 1906. Nr. 2896; OLG. Dresden in Seuff. Arch. Bd. 61, 351 ff. Nr. 185; vgl. auch Olshausen § 300 Anm. 11.

4) RGSt. 71/21,

5) Schäfer, DStr. 1937, S. 199 ff.

zu lassen. Denn das Gesetz habe die Geheimnisverletzung unterschiedslos für strafbar erklärt. Die RAeO. habe außerdem den Strafschutz erheblich verbessert, insbesondere durch Ausdehnung der Strafdrohung auch gegen die Nachfahren des Arztes.

Den Einwand der Gegenmeinung, es fehle an einem Verletzten, sucht er dadurch auszuräumen, daß er in § 13 RAeO. zwei Zwecke unterscheidet: Zu Lebzeiten des Geheimnisherren diene das Schweigegebot dem Schutz dessen guten Rufes. Deshalb sei er der Verletzte. Nach seinem Tode solle sein Andenken geschützt werden, weshalb die als verletzt zu erachten seien, die sonst vom Gesetz als Hüter des Andenkens Verstorbener berufen seien, nämlich dessen Eltern, Kinder und Ehegatten (§ 189 Abs. 3 StGB.).

In ähnlicher Weise glaubt Kallfelz[1]), „bei richtiger Auslegung des Begriffs des Verletzten" die möglichen Mißstände vermeiden zu können, „da eine Bloßstellung des Verstorbenen wohl auch fast immer die Interessen seiner Erben und Familienangehörigen verletzen wird, womit diese dann ein selbständiges Antragsrecht erhalten"[2]).

Zu diesen Versuchen, die Verfolgung eines Geheimnisbruches auch nach dem Tode des Geheimnisträgers zu ermöglichen, ist folgendes zu sagen: Es ist keine Frage, daß ein Geheimnisverrat auch nach dem Tode des Geheimnisherrn verwerflich ist und deshalb Strafe verdient. Auf den vorgeschlagenen Weg ist aber m. E. eine Strafverfolgung nicht möglich.

Zunächst ist m. E. die Frage durch Ausweitung des Begriffes des „Verletzten" nicht zu lösen. Durch den Geheimnisverrat ist immer nur der verletzt, dessen Geheimnis preisgegeben worden ist; ob damit gleichzeitig Interessen Dritter beeinträchtigt werden, hat dafür nichts zu bedeuten, auch wenn es Angehörige sind. Sie sind höchstens mittelbar verletzt, dadurch allein erhalten sie aber nicht das

1) S. 1347.
2) Kallfelz, a.a.O., S. 1347.

Antragsrecht[1]). Im anderen Falle müßte ihnen auch schon zu Lebzeiten des Geheimnisherrn zustehen, was Kallfelz kaum anerkennen wird. Das Schweigegebot dient eben nicht dem Schutze irgendwelcher Interessen, sondern allein dem Vertrauensverhältnis zwischen Arzt — Apotheker — und Hilfesuchenden. Es ist auch nicht so, daß das Schweigegebot zu Lebzeiten des Geheimnisherrn dessen guten Ruf, nach dessen Tod aber sein Andenken schützen soll. Daran ist nur richtig, daß ein Geheimnisbruch den guten Ruf oder das Andenken des Geheimnisträgers schädigen kann, dagegen nicht muß. Es ist gerade das Verdienst der deutschen Rechtslehre, daß sie die Angriffe gegen die Rechtssphäre der einzelnen Volksgenossen nicht wie die römisch-rechtliche iniuria zusammenfaßt, sondern ihrem Wesen nach unterscheidet „Für eine solche Betrachtung sind aber Ehrenkränkung und Geheimnisverletzung voneinander verschieden“[2]). Gerade deshalb hat das Strafgesetzbuch den Geheimnisschutz aus dem Abschnitt „Verletzungen der Ehre“ wo er noch im alten preuß. StGB. von 1851 eingereiht war, herausgenommen. Die notwendige Folge war, daß auch für das Antragsrecht nicht die Bestimmungen über Ehrenkränkungen — § 195 StGB. — sondern allgemein § 61 StGB. maßgebend wurde[3]). Das gilt erst recht seitdem die Schweigepflicht durch Aufnahme in die Berufs- und Standesordnungen den nur ihnen eigenen Gehalt klar erkennen lassen. Es geht deshalb m. E. nicht an, eine Bestimmung aus dem Abschnitt der Vorschriften über die Ehrenkränkungen, insbesondere noch eine Sonderbestimmung, wie es § 189 Abs. 3 StGB. darstellt, auf den Geheimnisschutz anzuwenden[4]).

Entscheidend für die aufgeworfene Frage ist aber folgender Gesichtspunkt. Es entspricht nämlich m. E. nicht dem Willen des Gesetzes, den Angehörigen das An-

1) Vgl. RGSt. 13/61.
2) Gürtner, bes. Teil, 1. Lesung, S. 275.
3) Vgl. hierzu RGSt. 13/60 ff.
4) Vgl. auch Sauter, S. 286 Anm. 4.

tragsrecht zuzubilligen. Die Gründe, die Schäfer[1]) für die gegenteilige Ansicht anführt, vermögen diese nicht zu stützen. Es handelt sich bei § 13 RAeO. nicht eigentlich um die Neuschöpfung einer bisher nicht vorhandenen Strafbestimmung, sondern um die bestmögliche Neufassung einer sehr alten Vorschrift, deren Mängel und Vorzüge in Rechtslehre und Rechtsprechung sowie in Aerztekreisen eingehendst erörtert worden sind. Die mannigfaltigsten Vorschläge zu Aenderungen des § 300 StGB. sind dabei geprüft und schließlich abgelehnt worden. Auch die hier aufgeworfene Frage war Gegenstand des heftigsten Meinungsstreits. U. a. schlug § 72 Abs. 3 des Vorentwurfes von 1909 folgende Bestimmung zur Lösung jener Frage vor: „Das Recht, den Strafantrag zu stellen, geht auf den hinterbliebenen Ehegatten, die Kinder und in Ermangelung dieser Personen auf die übrigen Verwandten gerader Linie sowie die Geschwister des Verletzten über“[2]).

Bei der Bedeutung der Frage ist nicht anzunehmen, daß sie der Gesetzgeber übersehen hat. Er konnte sich auch nicht darauf verlassen, daß Rechtslehre und Rechtsprechung die von Schäfer vorgeschlagene Lösung entwickeln werden. Denn dafür bot die ganze bisherige Erörterung jener Frage keinerlei Anhaltspunkte. Er mußte sich im Gegenteile sagen, daß sich an der bisherigen Rechtslage nichts ändern werde, wenn er nicht durch Gesetz eine andere Regelung schafft. Er hätte es sicher auch getan, wenn es in seiner Absicht gelegen hätte. Er hat fast sämtliche Streitfragen des § 300 StGB., soweit sie durch Gesetz überhaupt zu lösen waren, gelöst. In gleicher Weise hätte er den Gedanken des § 189 Abs. 3 StGB. in § 13 RAeO. bezw. § 24 RApO. durch Gesetz sinngemäß zum Ausdruck bringen können. Da er es nicht getan, muß notwendig angenommen werden, daß er es bewußt unterlassen und damit die Ausdehnung des Antragrechts auf die Angehörigen des verstorbenen Geheimnisherrn nicht gewollt hat. Es ist deshalb ausge-

1) Schäfer, a.a.O. D.StrR. 1937, S. 199.
2) Zit. nach Chorus, S. 64.

schlossen, entgegen dem erkennbaren Willen des Gesetzes auch nur den Grundgedanken des § 189 Abs. 3 StGB. auf § 13 RAeO. bezw. § 24 RApO. sinngemäß anzuwenden.

Der Hinweis Schäfers auf das künftige Recht besagt für seine Ansicht gar nichts. Denn dort wird die aufgeworfene Frage ihre Lösung einfach dadurch finden, daß der Strafantrag überhaupt wegfällt und durch die bloße Anhörung des Verletzten ersetzt wird[1]). Man kann aber nicht das Ergebnis des künftigen Rechts einfach gegen den Willen des geltenden Rechts vorwegnehmen. Wir haben eben noch den Strafantrag und müssen deshalb seine Mängel mit in Kauf nehmen.

Der Nachteil ist im übrigen in Wirklichkeit viel geringer, als es auf den ersten Blick erscheint; denn eine Verletzung der Schweigepflicht stellt stets auch ein Berufsvergehen dar (§ 51 RAeO. § 15 RApO.), das gemäß §§ 52ff. RAeO. bezw. §§ 16ff. RApO. berufsgerichtlich geahndet werden kann. Diese Verfolgung durch die Berufsgerichte wird gerade dann, wenn eine Bestrafung durch die ordentlichen Gerichte mangels Strafantrags nicht erfolgen kann, von besonderer Bedeutung. Denn das Strafverfahren vor den Berufsgerichten setzt naturgemäß keinen Strafantrag des Verletzten voraus. Deshalb ist auch dort, wo die Berufspflichten der Aerzte geregelt sind, nämlich in der Berufsordnung für die deutschen Aerzte[2]) in § 2 das Schweigegebot ohne das Antragserfordernis aufgeführt.

Auf diese Weise wird der Geheimnisbruch des schwatzhaften, pflichtvergessenen Arztes oder Apothekers gesühnt, ohne daß die Bestrafung von Interessen der Angehörigen, die denen des Verstorbenen geradezu widerstreben können, abhängig ist.

1) Vgl. Gürtner, S. 439 und Seite 564ff., ferner Henkel in Zschr. f. ges. StrRW. Bd. 56, S. 227ff.

2) Vom 13. Nov. 1937, abgedruckt im Deutschen Aerzteblatt 1937, S. 1031ff.